

2
Universidad de La Coruña
Facultad de Derecho

Tesis Doctoral

Los Delitos Societarios.
Presupuestos de su Criminalización en España.

Patricia Faraldo Cabana

LOS DELITOS SOCIETARIOS. PRESUPUESTOS DE SU CRIMINALIZACION EN ESPAÑA.

Memoria de Tesis Doctoral, dirigida por el Prof. Dr. D. Carlos MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Coruña, y redactada por Patricia Faraldo Cabana.

La Coruña, octubre de 1995.

INDICE.

PARTE PRIMERA.

CAPITULO PRIMERO.

1. DETERMINACIONES PREVIAS.

CAPITULO SEGUNDO.

2. CRIMINOLOGIA DE LA DELINCUENCIA SOCIETARIA.

2.1. DETERMINACIONES PREVIAS.

2.2. DELINCUENCIA DE "CUELLO BLANCO" Y DELINCUENCIA ECONOMICA. DELIMITACIONES CONCEPTUALES.

2.3. DELINCUENCIA ECONOMICA Y DELINCUENCIA SOCIETARIA.

2.3.1. Etiología de la delincuencia societaria.

2.3.2. Ineficaz represión de la delincuencia societaria.

2.3.2.1. Determinaciones previas.

2.3.2.2. Opinión pública.

2.3.2.3. Legislación.

2.3.2.4. Tribunales de Justicia.

2.3.2.5. Las víctimas de la delincuencia societaria.

CAPITULO TERCERO.

3. LA CRIMINALIZACION DEL ILICITO SOCIETARIO. PRESUPUESTOS POLITICO-CRIMINALES.

3.1. DETERMINACIONES PREVIAS.

3.2. ¿HACIA UN DERECHO PENAL EUROPEO DE SOCIEDADES?.
DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES Y DERECHO PENAL.

3.3. LOS DELITOS SOCIETARIOS EN ALGUNAS LEGISLACIONES
EUROPEAS.

3.3.1. Determinaciones previas.

3.3.2. Italia.

3.3.3. Alemania.

3.4. LA CONSTITUCION ECONOMICA ESPAÑOLA Y LOS ILICITOS
SOCIETARIOS.

3.4.1. Determinaciones previas.

3.4.2. La expresión "constitución económica".

3.4.3. El constitucionalismo económico en la
Constitución española de 1978.

3.4.4. Conclusiones en torno al modelo económico
recogido en la Constitución de 1978.

CAPITULO CUARTO.

4. BASES PARA UNA POLITICA CRIMINAL SOCIETARIA.

4.1. DETERMINACIONES PREVIAS.

4.2. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD
EN DERECHO PENAL EN RELACION CON LOS DELITOS SOCIETARIOS.

4.3. LOS INTERESES DIGNOS DE PROTECCION PENAL EN EL AMBITO
DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

4.3.1. Determinaciones previas.

4.3.2. La integridad del capital social.

4.3.3. La veracidad en las informaciones sociales.

4.3.4. La fidelidad de los órganos sociales.

4.4. DELINCUENCIA SOCIETARIA Y DERECHO MERCANTIL:
¿INEFICACIA DE LA PERSECUCION EXTRAPENAL?.

4.4.1. Determinaciones previas.

4.4.2. La responsabilidad civil de los
administradores.

4.4.3. La responsabilidad administrativa en sectores
específicos de actividad.

4.4.4. Conclusiones acerca del régimen general de

responsabilidad civil y de los regímenes sectoriales de responsabilidad administrativa de los administradores de sociedades.

4.5. NECESIDAD POLITICO-CRIMINAL DE CREACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS: CONCLUSIONES PROVISIONALES.

CAPITULO QUINTO.

5. NECESIDAD DOGMATICA DE CREACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL DERECHO PENAL VIGENTE

5.1. DETERMINACIONES PREVIAS.

5.2. LOS DELITOS DE FALSAS INFORMACIONES SOCIALES.

5.3. EL DELITO SOCIETARIO DE INFIDELIDAD PATRIMONIAL.

5.4. OTRAS INFIDELIDADES: DELITOS SOCIETARIOS RELATIVOS CONTRARIOS AL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS ORGANOS SOCIALES Y A LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS.

5.4.1. Excurso: la tutela penal del secreto social.

5.4.2. Excurso: el uso de información privilegiada en el mercado de valores.

CAPITULO SEXTO.

6. HISTORIA DE LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL DERECHO PENAL ESPANOL VIGENTE Y PROYECTADO.

6.1. DETERMINACIONES PREVIAS.

6.2. ANTECEDENTES PRE-LEGISLATIVOS DECIMONONICOS.

6.2.1. El Proyecto de Código criminal de 1830.

6.2.2. El Proyecto de Código criminal de 1834.

6.3. EL CODIGO PENAL DE 1928.

6.4. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980.

6.5. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL DE 1983.

6.6. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992.

6.7. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1994.

PARTE SEGUNDA.

CAPITULO SEPTIMO.

7. PARTE GENERAL.

7.1. DETERMINACIONES PREVIAS.

7.2. LA RUBRICA: "DELITOS FINANCIEROS" VERSUS "DELITOS SOCIETARIOS".

7.3. LOCALIZACION LEGISLATIVA Y AUTONOMIA DE LOS DELITOS SOCIETARIOS.

7.4. COLOCACION SISTEMATICA. EL PROBLEMA DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

7.4.1. Determinaciones previas.

7.4.2. Derecho Penal económico y delito económico.

7.4.3. El orden económico en sentido amplio como bien jurídico mediata o indirectamente protegido.

7.4.4. El patrimonio como bien jurídico inmediata o directamente protegido. El concepto de perjuicio.

7.4.5. Los delitos societarios como delitos uniofensivos.

7.4.5.1. Excurso: la fe pública y los delitos societarios.

7.5. DELITOS SOCIETARIOS Y TIPOS DE PELIGRO.

7.5.1. Determinaciones previas.

7.5.2. Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

7.5.3. Delitos económicos y delitos de peligro.

7.5.4. Delitos societarios y delitos de peligro.

7.6. EL TIPO DE INJUSTO.

7.6.1. EL SUJETO ACTIVO.

7.6.1.1. Determinaciones previas.

7.6.1.2. Concepto de sociedad mercantil.

7.6.1.2.1. Los supuestos de dudosa mercantilidad.

7.6.1.2.2. La sociedad irregular.

- 7.6.1.3. Concepto de administrador de derecho.
 - 7.6.1.3.1. El órgano de administración de las sociedades mercantiles.
 - 7.6.1.3.2. Los supuestos dudosos.
- 7.6.1.4. Concepto de administrador de hecho.
- 7.6.2. LA PARTE SUBJETIVA DEL DELITO DOLOSO.
 - 7.6.2.1. Determinaciones previas.
 - 7.6.2.2. Elementos subjetivos del injusto.
 - 7.6.2.3. El dolo y sus clases. Especial referencia al dolo eventual.
 - 7.6.2.4. Ausencia de dolo: el error de tipo.
- ~~7.6.3. DELINCUENCIA ECONOMICA E IMPRUDENCIA.~~
- 7.6.4. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.
 - 7.6.4.1. Determinaciones previas.
 - 7.6.4.2. La vinculación de los administradores a los acuerdos de la Junta general.
 - 7.6.4.3. La colisión de deberes y el cumplimiento de un deber.
- 7.6.5. ENTRE LA JUSTIFICACION Y LA EXCLUSION DE LA TIPICIDAD: EL CONSENTIMIENTO.
 - 7.6.5.1. Determinaciones previas.
 - 7.6.5.2. El consentimiento como causa de exclusión del tipo indiciario en los delitos contra el patrimonio. Requisitos de su eficacia.
 - 7.6.5.3. Relevancia del consentimiento expreso en los delitos societarios.
 - 7.6.5.4. Relevancia del consentimiento presunto en los delitos societarios. Concepto, caracteres y ubicación sistemática.
 - 7.6.5.5. Especial referencia a los negocios de riesgo.
- 7.7. LA CULPABILIDAD. EL ERROR DE PROHIBICION.
 - 7.7.1. DETERMINACIONES PREVIAS.
 - 7.7.2. EL ERROR DE PROHIBICION. ESPECIAL REFERENCIA A SUS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL ECONOMICO.
- 7.8. PUNIBILIDAD Y PROCEDIBILIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA QUERELLA COMO CONDICION OBJETIVA DE PROCEDIBILIDAD.

- 7.8.1. DETERMINACIONES PREVIAS.
- 7.8.2. CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.
- 7.8.3. DELITOS PRIVADOS Y SEMI-PUBLICOS.
- 7.8.4. LA QUERELLA Y LOS DELITOS SOCIETARIOS: CRITICA.
- 7.8.5. LA QUERELLA EN EL PCP DE 1994.
- 7.9. EL DELITO DE OMISION.
 - 7.9.1. DETERMINACIONES PREVIAS.
 - 7.9.2. OMISION PURA Y DELITOS SOCIETARIOS.
 - 7.9.3. DELITOS SOCIETARIOS DE OMISION Y RESULTADO.
 - 7.9.4. DELITOS SOCIETARIOS Y COMISION POR OMISION.
 - 7.9.4.1. Determinación de las condiciones que permiten afirmar la comisión por omisión.
 - 7.9.4.2. La regulación de la comisión por omisión en el PCP de 1994.
- 7.10. TIPOS DE AUTORIA Y TIPOS DE PARTICIPACION.
 - 7.10.1. DETERMINACIONES PREVIAS.
 - 7.10.2. EL DELITO COLEGIAL.
 - 7.10.3. AUTORIA Y PARTICIPACION EN LOS DELITOS SOCIETARIOS ESPECIALES EN SENTIDO ESTRICTO.
 - 7.10.4. AUTORIA Y PARTICIPACION EN LOS DELITOS SOCIETARIOS ESPECIALES EN SENTIDO AMPLIO.
 - 7.10.5. LAS ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO.

CAPITULO OCTAVO.

8. LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO.

- 8.1. LAS SANCIONES PENALES.
 - 8.1.1. DETERMINACIONES PREVIAS.
 - 8.1.2. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.
 - 8.1.3. LA PENA DE MULTA.
 - 8.1.4. LA PENA DE INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESION U OFICIO.
 - 8.1.5. LA PUBLICACION DE LA SENTENCIA CONDENATORIA.
 - 8.1.6. LAS PENAS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1994.

8.2. LAS MEDIDAS CONTRA LAS PERSONAS JURIDICAS.

CAPITULO NOVENO.

9. PARTE ESPECIAL: LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL PCP DE 1994.

9.1. DETERMINACIONES PREVIAS.

9.1. EL DELITO DE FALSAS INFORMACIONES SOCIALES: artículo.

9.2. EL DELITO DE ADMINISTRACION SOCIAL FRAUDULENTA: artículo.

9.3. LOS DELITOS DE ABUSO DE POSICION MAYORITARIA.

9.3.1. El delito de abuso de posición mayoritaria obtenida por medios lícitos.

9.3.2. El delito de abuso de posición mayoritaria obtenida ilícitamente.

9.4. CONDUCTAS CONTRARIAS A LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS.

CAPITULO DECIMO.

10. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

§, parágrafo

AA.VV., varios autores

ADC, Anuario de Derecho Civil

ADPCP, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AktG, Aktiengesetz (Ley de Sociedades por Acciones)

Ar., Referencia Aranzadi

AP, Actualidad Penal

AT, Allgemeiner Teil (Parte general)

Aufl., Auflage (edición)

BGH, Código civil alemán

BOE, Boletín Oficial del Estado

BT, Besonderer Teil (Parte especial)

C.c., Código civil

C.Com., Código de comercio

CE, Constitución española

CEE, Comunidad Económica Europea

cit., citado

CNMV, Comisión Nacional del Mercado de Valores

CP, Código penal

CPC, Cuadernos de Política Criminal

DJ, Documentación Jurídica

Ed., edición

GA, Goltdammer's Archiv für Strafrecht

GmbH-G, Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada

JA, Juristische Arbeitsblätter

JR, Juristische Rundschau
 Jura, Juristische Ausbildung
 JuS, Juristische Schulung
 LSA, Ley de Sociedades anónimas
 LSRL, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
 MDR, Monatschrift für Deutsches Recht
 NEJ, Nueva Enciclopedia Jurídica
 NStZ, Neue Zeitschrift für Strafrecht
 NJW, Neue Juristische Wochenschrift
 Noviss. Dig. It., Novissimo Digesto Italiano
 NPP, Revista Nuevo Pensamiento Penal
 op. et loc. cit., obra y lugar citados
 PANCP, Propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983
 PCP, Proyecto de Código penal
 PJ, Poder Judicial
 RDBB, Revista de Derecho Bancario y Bursátil
 RDM, Revista de Derecho Mercantil
 RdS, Revista de Derecho de Sociedades
 RFDUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad
 Complutense de Madrid
 RIDPP, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
 RIntDP, Revue Internationale de Droit Penal
 RJCcat, Revista Jurídica de Cataluña
 StGB, Código penal alemán
 STS, Sentencia del Tribunal Supremo
 ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PARTE PRIMERA

CAPITULO PRIMERO

1. DETERMINACIONES PREVIAS.

Dentro de las sociedades mercantiles, y especialmente de las anónimas, se dan con cierta frecuencia situaciones de anormalidad que, bajo la etiqueta de "asuntos civiles", no entran en conocimiento de los Tribunales penales o, aun siendo objeto de enjuiciamiento por la vía penal, resultan en muchos casos impunes por falta de unos preceptos en los que puedan encuadrarse conductas notoriamente antijurídicas, aunque no típicas hasta el momento.

Las sociedades mercantiles, caracterizadas por la pretensión de obtener el mayor lucro posible dentro de unas estructuras previamente establecidas por el Ordenamiento jurídico, se prestan a servir como instrumentos delictivos en manos de "unos pocos que desconociendo por completo el deseo y el interés de muchos, hacen y deshacen en la sociedad como si fuera un

patrimonio familiar"¹. El afán de lograr el máximo de beneficios condiciona ciertas modalidades de conductas delictivas. La delincuencia societaria se refiere fundamentalmente a los delitos societarios, cometidos en la fundación, administración y liquidación de las sociedades mercantiles. El vaciamiento del capital social, la falsificación de los balances, la publicación de informaciones falsas para captar inversores, los abusos en la gestión social, etc., constituyen los supuestos de hecho característicos de estas figuras jurídico-penales.

La esperanza de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1951, proyectada en los postulados de soberanía de la Junta general de accionistas y en la autodefensa de las minorías, y centrada en las posibilidades de autocontrol dentro de las propias estructuras societarias, se ha manifestado injustificada. En efecto, mientras la Junta general de socios puede controlar la gestión de las pequeñas sociedades, las grandes sociedades anónimas funcionan de hecho oligárquicamente². La mayoría de votos necesaria para la aprobación de una decisión refleja en realidad los intereses de una minoría cuya participación social es más exigua cuanto más elevado sea el número total de accionistas. Los socios excluidos del grupo dominante, aun cuando puedan representar en conjunto la mayoría del capital social, no tienen de hecho poder de decisión ni están en situación (por el modesto interés de cada uno, su escasa información, etc.) de llevar a cabo un efectivo control de la

¹RUIZ VADILLO, E.: Algunos aspectos de la actividad económica como objeto del Derecho Penal. "Revista de Derecho Judicial" núms.38-39, pág.243.

²Vid. por todos ALBORCH, C.: El derecho de voto del accionista. Madrid, 1987; GALGANO, F.: Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, Estado y clases sociales. Valencia, 1980; del mismo autor: Historia del Derecho Mercantil. Barcelona, 1981; GARRETA SUCH, J. M.: La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades. 2. ed. aumentada y puesta al día. Madrid, 1991, págs.25 y siguientes.

gestión social³. En tales condiciones, hacer radicar el principal instrumento de control en la reacción del accionista individual resulta enteramente inadecuado. La evolución sociológica de las grandes sociedades ha pasado de la fase del control de los socios que ostentaban la mayoría del capital al control de socios activos minoritarios; actualmente asistimos al advenimiento de una nueva etapa en la que el control pasa a manos de los profesionales ejecutivos, de tal modo que la dinámica de la sociedad viene determinada no tanto por el interés y riesgo de los titulares del capital como por la capacidad técnica y profesional de los administradores⁴. La

³GARRETA SUCH: **La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de la sociedad.** cit. pág.26, pone de relieve que en el seno de las sociedades anónimas coexisten como accionistas los verdaderos propietarios de la compañía junto con los simplemente acreedores al dividendo, "socios activos" y "socios pasivos" en la terminología de HICKS, J. R./HART, A. G.: **Estructura de la Economía.** Trad. esp. México, 1950 (8ª edición 1965), pág.101.

⁴Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, G.: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios.** "ADPCP" 1984, pág.686. En el mismo sentido señala POLO, A.: **Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento mercantil.** en AA.VV.: **Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría.** Madrid, 1978, pág.600, que se ha producido un fenómeno de pacífico desplazamiento de los centros de poder en la sociedad anónima, una de cuyas manifestaciones más destacadas está constituida por la "revolución de los dirigentes". Con dicho término se hace referencia a un fenómeno de profesionalismo en la administración de sociedades, por virtud del cual se atribuye la gestión y alta dirección de las grandes empresas a unos dirigentes que, generalmente, no participan en el capital de las mismas o bien lo hacen en proporciones mínimas.

En el Derecho comparado se ha prestado atención a las disfunciones que son inherentes al fenómeno de disociación entre la propiedad y la gestión de las grandes sociedades, ofreciendo pautas que merecen la atención del legislador español. Vid. FINCH, V.: **Board Performance and Cadbury on Corporate Governance.** "The Journal of Business Law", noviembre 1992, págs.581 y siguientes. Sobre los nuevos caminos de encuentro entre los propietarios y los gestores en el Derecho español, vid. GARCIA DE ENTERRIA, J.: **El control del poder societario en la gran empresa y la función disciplinar de las OPAs.** "RDBB" núm.47, 1992, págs.665 y siguientes; SANCHEZ ANDRES, A.: **Teleología y tipología de las Ofertas Públicas de Adquisición en la nueva regulación española.** en AA.VV.: **Ofertas Públicas de Adquisición. La lucha por el control de las grandes**

tendencia actual supone el abandono de la idea de dotar a los socios detentadores de participaciones minoritarias y alejados de los grupos de control de nuevos instrumentos de autotutela, y de armarlos contra los excesos de poder de estos grupos con oportunas acciones de impugnación de los acuerdos sociales y de responsabilidad contra los administradores, de las cuales se hace con demasiada frecuencia una utilización de presión o chantaje en el Derecho vigente⁵. La más intensa autotutela privada de los intereses de los socios se complementa con una tutela pública; el interés en juego se concibe como interés supraindividual o colectivo susceptible de justificar la intervención de los poderes públicos.

En efecto, las dimensiones hoy alcanzadas por las sociedades mercantiles⁶, especialmente las anónimas, y los complejos y variados intereses que se mueven en torno a ellas, "exigen hoy una intervención más penetrante del magisterio penal en la vida

Sociedades. Bilbao, 1992, págs.7 y siguientes.

⁵Vid. ampliamente sobre el tema, RACCIATTI, H.: **Abuso de derecho por las minorías en el marco societario**. "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones" Vol. 1991-A, núms.139 a 141, pág.227, quien indica que el abuso de las minorías se centra, fundamentalmente, en el ejercicio de los derechos otorgados sin atender a su función objetiva, sino persiguiendo un fin particular y extrasocietario, que se traduce, en general, en una actitud obstruccionista respecto del funcionamiento regular de la sociedad, buscando crear un clima de desestabilización y caos en la misma, con la finalidad de desmembrar el poder del grupo dirigente o forzar una compra de acciones por dicho grupo a un precio más alto que el real.

⁶La habitual afirmación conforme a la cual las grandes sociedades son más "criminógenas" que las pequeñas requiere ciertas matizaciones, puesto que no se halla plenamente confirmada por los datos existentes. En no pocos casos, las sociedades pequeñas y medianas presentan índices más altos de irregularidades económicas y de criminalidad que las grandes. En este sentido, vid. LOPEZ REY Y ARROJO, M.: **La criminalidad económico-social en la política criminal de las Naciones Unidas**. en BARBERO SANTOS, M. (Ed.): **La Reforma Penal: Delitos socio-económicos**. Madrid, 1985, pág.43.

de dichas entidades"⁷. El volumen de los negocios e intereses socio-económicos y políticos que giran en torno a las sociedades mercantiles "es de tal magnitud y complejidad que exigen una mayor presencia del Derecho penal en el seno de tales empresas, dado el carácter potencialmente criminológico de la actividad mercantil"⁸. En estos últimos años los medios de comunicación se han ocupado con frecuencia de delitos cometidos por los administradores de ciertas sociedades e incluso comienza a no ser noticia el ingreso en prisión provisional de empresarios, banqueros y hombres de negocios. Todo ello es expresión, más que de un incremento cuantitativo en la comisión de este tipo de delincuencia, de una nueva conciencia social de la dañosidad de estas conductas, de nuevas valoraciones sociales que presionan sobre el legislador penal.

Ya en el Quinto Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1975, se puso de manifiesto que demasiado frecuentemente actividades bancarias, financieras, industriales, fabriles, comerciales y otras, entrañaban una criminalidad económica no fácil de descubrir y probar⁹. En el mismo sentido, la Exposición que precede a la Recomendación núm. R 81 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la criminalidad en materia económica, adoptada por el Consejo de Ministros el 25 de junio de 1981, puso de relieve los siguientes aspectos, entre otros: que las infracciones económicas perjudican a numerosas personas

⁷RODRIGUEZ MOURULLO: Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. cit. pág.682. En el mismo sentido, vid. MARINUCCI, G./ ROMANO, M.: Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni. en NUVOLONE, P.: Il diritto penale delle società commerciali. Milano, 1977, pág.87.

⁸MARTOS NUÑEZ, J. A.: Derecho penal económico. Madrid, 1987, pág.197.

⁹Vid. LOPEZ REY Y ARROJO: La criminalidad económico-social en la política criminal de las Naciones Unidas. cit. pág.40.

(socios, acreedores, asalariados, comerciantes de la competencia, accionistas), a la comunidad en su conjunto e incluso al Estado, al que impone pesadas cargas financieras e inflige pérdidas considerables de ingresos, gravando, por consiguiente, a la economía nacional e internacional; que ocasionan una cierta pérdida de confianza en el mismo sistema económico; que crean importantes problemas jurídicos; y que en una primera fase deben prevenirse estas infracciones con medidas de Derecho civil, mercantil y administrativo que, en caso necesario, deben ser apoyadas o completadas por normas penales¹⁰.

No obstante, cuando se habla de delitos societarios surge una contraposición fundamental entre aquellos que afirman que hoy las sociedades sufren un excesivo intervencionismo público, no sólo procedente del Derecho penal sino también del Derecho mercantil y administrativo, intervencionismo que disminuye la capacidad de iniciativa empresarial y niega la finalidad de lucro que promueve y desarrolla el progreso económico; y quienes lamentan la ausencia prolongada del Derecho y del juez penal en el ámbito de las sociedades mercantiles, reivindicando una presencia más incisiva. Resulta claro que entre estas dos posiciones, si no se quiere iniciar polémicas estériles y demagógicas, procede encontrar, en uno u otro sentido, un punto de equilibrio. Cuando los empresarios y administradores reivindican una mayor autonomía no pueden sino aceptar también una mayor responsabilidad, sobre todo en una etapa del desarrollo económico en la cual el poder que confiere la administración de las sociedades se separa del riesgo patrimonial. Hoy en las grandes empresas se gestiona el dinero de todos, incluido el estatal. En la actividad mercantil e industrial existen lucros permitidos y lucros fraudulentos e injustos, no debiendo renunciarse a considerar delictiva, en

¹⁰Vid. RUIZ VADILLO, E.: La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor. en BERISTAIN IPIÑA, A. (ed.): Reformas penales en el mundo de hoy. Madrid, 1984, pág.27.

su caso, la obtención de estos últimos. Todo lo cual, naturalmente, no sólo no es contrario a la economía de mercado sino que sirve para el mejor y más saneado desarrollo de la misma¹¹. Se trata de exigencias de racionalización de los comportamientos económicos derivadas del propio sistema económico, de esa economía de mercado que es el fundamento de la Europa del mercado único en la que vivimos¹².

Frente al enorme déficit de sanción en esta área de la delincuencia, déficit cuya existencia permanece en la doctrina especializada prácticamente indiscutido; frente al característico tratamiento desigual en el ámbito del Derecho penal patrimonial afirmado por las investigaciones criminológicas, y que se realiza a través de una selección desventajosa para las capas sociales más bajas de la población; pero también frente al peligro de abandono de principios jurídico-constitucionales irrenunciables, a causa de una criminalización no suficientemente reflexionada¹³, la ciencia penal ha de ofrecer una crítica constructiva de los proyectos de Código penal elaborados hasta el momento por el pre-legislador español, así como pautas político-criminales capaces de orientar su labor en el futuro.

¹¹RODRIGUEZ MOURULLO: Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. cit. pág.690.

¹²Vid. ARROYO ZAPATERO, L.: Actualidad político-criminal del Derecho penal económico en España. en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K. (eds.): Estudios de Derecho penal económico. Cuenca, 1994, pág.17.

¹³Cfr. SCHÜNEMANN, B.: Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. "ADPCP" 1988, pág.532.

CAPITULO SEGUNDO

2. CRIMINOLOGIA DE LA DELINCUENCIA SOCIETARIA.

2. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

La inclusión en esta investigación de un apartado dedicado a la Criminología requiere ser justificada. A mi juicio, existen varias razones que hacen necesario un breve estudio previo de los postulados de la Criminología en torno a la delincuencia o criminalidad económica. Por un lado, la Criminología suministra al Derecho penal la realidad sobre la que éste pretende actuar¹⁴: las estadísticas, la cifra negra, la existencia de comportamientos no tipificados pero sentidos como merecedores de reproche penal por el grupo social, etc. Junto al saber normativo ofrecido por la dogmática jurídico-

¹⁴MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, 1975, pág.130. Sobre la relación entre Dogmática y Criminología, vid. ampliamente SILVA SANCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992, págs.96 y siguientes.

penal¹⁵ es imprescindible el saber empírico que ofrece la Criminología, esto es, un mayor grado de conocimiento empírico de la criminalidad en su conjunto. Por otro, es preciso manejar información contrastada sobre la eficacia de los dispositivos de control social, entre los que se incluye el penal, de los instrumentos de defensa, de la relación coste/ beneficio en la Política criminal llevada a cabo, para delinear con mayor profundidad y adecuación las directrices político-criminales más convenientes en un particular momento histórico. En efecto, como señala SILVA SANCHEZ¹⁶, "la necesaria colaboración de dogmática y criminología ha de pasar ineludiblemente por el <<punto>> de la Política criminal", cuyas valoraciones actúan de *lege ferenda* como criterios rectores de la reforma legal.

Así las cosas, hay que tener presente además que la delincuencia societaria es una de las más características muestras de la llamada delincuencia económica, la cual ha venido recibiendo en los últimos años una atención cada vez mayor por parte de la doctrina científica. El interés que provoca dicho sector de la delincuencia ha dado origen a una rama de la Criminología dedicada al estudio específico de los problemas que plantea: la Criminología económica "puede describirse como la ciencia de las formas de aparición, las causas y los autores de los delitos económicos, así como del control social de las actividades económicas"¹⁷.

Sin embargo, no puede dejar de advertirse que, en rigor, la

¹⁵En palabras de ROXIN, C.: *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona, 1992, pág.35, "la dogmática jurídico penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal".

¹⁶SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.98.

¹⁷TIEDEMANN, K.: *La criminalidad económica como objeto de investigación*. "CFC" núm.19, 1983, pág.171.

delincuencia económica es un sector de la llamada delincuencia de cuello blanco; la confusión existente al respecto en la doctrina europea, que en ocasiones utiliza ambos términos con el mismo sentido, obliga a efectuar ciertas precisiones sobre la delincuencia de cuello blanco y a indagar cuáles son las notas que caracterizan a la delincuencia económica dentro del más amplio concepto de delincuencia de cuello blanco. Es preciso también distinguir el concepto de delincuencia económica de otros surgidos al hilo de la investigación sobre las notas características de la delincuencia de cuello blanco, como son el delito de caballeros y el delito profesional.

Una vez realizadas estas precisiones, analizaré algunos aspectos especialmente relevantes de la delincuencia económica en general, y de la societaria en particular. En este sentido, se examinarán las causas de la criminalidad societaria y las razones fundamentales de su ineficaz represión.

Y ello en el entendimiento de que el conocimiento de la criminalidad y del delito es necesario a la hora de elaborar y de aplicar las leyes¹⁸. En la lucha contra la delincuencia económica, el Derecho penal es uno de los medios o instrumentos de que dispone el Estado, pero no el único¹⁹, puesto que dogmática jurídico-penal, política criminal y criminología están llamadas a contribuir conjuntamente en el establecimiento de un sistema punitivo socialmente justo y eficaz²⁰.

¹⁸HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1989, pág.27.

¹⁹GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Problemas actuales de la Criminología*. Madrid, 1984, pág.75.

²⁰Cfr. RODRIGUEZ DEvesa, J. M./ SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1994, cit. pág.18. Sobre la polémica relación entre la Criminología y el Derecho penal, vid. entre otros, CUELLO CONTRERAS, J.: *La definición de <<criminalidad>>. Competencias del Derecho penal y de las Ciencias*. "CPC" núm.15, 1981, págs.31 y siguientes.

2. 2. DELINCUENCIA DE "CUELLO BLANCO" Y DELINCUENCIA ECONOMICA. DELIMITACIONES CONCEPTUALES.

Antes de volcarme de lleno en el tema de la etiología y razones de la impunidad de la delincuencia societaria según la investigación criminológica, es conveniente dedicar alguna atención a dos cuestiones que han sido frecuentemente tema de debate: la definición de la delincuencia económica y su inclusión dentro del concepto criminológico de la delincuencia "de cuello blanco".

Resulta sorprendente que a pesar de las décadas de investigación sobre este tema no haya todavía acuerdo sobre el concepto de delincuencia económica²¹. A la confusión existente en la materia contribuye la ausencia de una distinción nítida entre los conceptos jurídico-penal y criminológico del delito económico²².

SUTHERLAND crea en 1939 la categoría del delito "de cuello (o guante) blanco"²³, consistente en aquel cometido por una

²¹Desde un punto de vista desencantado con respecto a los resultados de esta ininterrumpida discusión sobre la definición de la delincuencia económica, señala TIEDEMANN, K.: **Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)**. Barcelona, 1993, pág.253, que sólo queda una única salida, la establecida en el artículo 74 c de la Ley alemana sobre Organización de los Tribunales (GVG, "Gerichtverfassungsgesetz") para la determinación de la competencia de las cámaras económicas en los Tribunales de las provincias: la enumeración individual de cada delito y su complementación o corrección por una cláusula de carácter general. Este principio de enumeración ampliado se sigue también en la Recomendación R (81) 12 del Consejo de Europa. Sin embargo, no es el adoptado en las siguientes páginas.

²²Vid. TIEDEMANN, K.: **Objetivos, propósitos y métodos de la investigación criminológica europea en el ámbito de los delitos económicos**. "Doctrina penal" núms.13-14, 1977, pág.145.

²³El término "*White-collar crime*" aparece por primera vez en el discurso presidencial pronunciado por Ed. H. Sutherland ante la Sociedad Americana de Sociología el 27 de diciembre de

persona de alto status socioeconómico en el ámbito de su propia ocupación (y en 1959 como el delito cometido por una persona respetable y con muy alto status social-económico que viola las normas destinadas a regular su actividad habitual). Esta decisiva aportación sirvió para despertar el interés, tanto criminológico como jurídico, por una parcela de la delincuencia de consecuencias enormemente perjudiciales y gravosas, que hasta entonces había pasado prácticamente inadvertida y frente a la cual, precisamente por ello, los Ordenamientos jurídicos no contaban con el arsenal legislativo adecuado²⁴.

La delincuencia económica, que a menudo se identifica con la de cuello blanco, constituye sólo una especie de ésta²⁵, aunque sin duda la de mayor repercusión socio-económica e interés criminológico²⁶. El propio SUTHERLAND advirtió que la

1939, publicado después bajo el título de *White-Collar criminality*, en la "American Sociological Review" de 1940. La categoría creada por SUTHERLAND ha merecido un éxito arrollador, fundamentalmente por su carga ideológica y crítica. Entre sus méritos, señala GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*. cit. pág.23, que ofrece una visión dicotómica de la realidad criminal (criminalidad de los poderosos versus criminalidad de los no privilegiados), rompe el estereotipo convencional del delincuente (sujeto desviado que pertenece a una minoría asocial enclavada en los bajos estratos), y, por último, denuncia la irritante impunidad de quienes, paradójicamente, realizan hechos de una gravedad y trascendencia muy superior a los de la criminalidad convencional.

²⁴RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.678. Cfr. también KAISER, G.: *Introducción a la Criminología*. 7. ed. reelaborada y completada. Madrid, 1988, pág.356, quien señala que, frente a la imagen tradicional de la criminalidad y del criminal, para la cual el criminal es "el otro", sólo el concepto acuñado por Sutherland proporcionó una nueva mentalidad.

²⁵Vid. BAJO FERNANDEZ, M.: *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal*. "CPC" núm.5, 1978, pág.5. En el mismo sentido MARTINEZ PEREZ, C.: *El delito fiscal*. Madrid, 1982, pág.42.

²⁶Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*. cit. pág.165.

actividad profesional del delincuente de cuello blanco podía incidir en los sectores político, científico y económico, si bien él sólo se ocupó de ésta última²⁷. La denominación que en su día propuso SUTHERLAND todavía goza de cierto predicamento en la doctrina científica, sobre todo norteamericana. Sin embargo, han ido apareciendo otras denominaciones y definiciones representativas de las distintas posiciones doctrinales en torno al tema²⁸, que conviene clarificar con carácter previo al análisis del concepto de delincuencia

²⁷BAJO FERNANDEZ, M.: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. Madrid, 1978, pág.49. SUTHERLAND desarrolló su teoría del delito de cuello blanco reconduciéndola a dos tipologías explicativas del comportamiento criminal: a nivel individual, la teoría de las asociaciones diferenciales; a nivel social, la teoría de la organización social diferencial. Sobre esta doble explicación del comportamiento criminal, vid. por todos BAJO FERNANDEZ: *op. cit.* págs.57 y siguientes; y GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: **Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad**. Madrid, 1988, págs.555 y siguientes.

²⁸Como indica BAJO, aunque existe un consenso general en torno a las características fundamentales del delito de cuello blanco tal como fueron delineadas por SUTHERLAND, ciertos sectores doctrinales han dado primacía a alguna de ellas, sobrevalorándola, lo cual es causa de la confusión terminológica que al respecto existe en la literatura criminológica. Cfr. BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico**. *cit.* pág.48.

Así, el concepto de "corporate crime", postulado por CLINARD, centra la atención sobre las grandes empresas como protagonistas de las manifestaciones delictivas: "Corporate crime actually is organizational crime occurring in the context of complex relationships and expectations among boards of directors, executives, and managers, on the one hand, and among parent corporations, corporate divisions, and subsidiaries, on the other". CLINARD, M. B./ YAEGER, P. C.: **Corporate Crime**. New York, 1980, pág.17. Por su parte, la definición de "business crime", aportada por CONKLIN, J. E.: **Illegal but not Criminal**. 1977, pág.13, excluye las actividades económicas ajenas a los sectores industriales y comerciales: "Business crime is an illegal act, punishable by a criminal sanction, which is committed by an individual or a corporation in the course of a legitimate occupation or pursuit in the industrial or commercial sector for the purpose of obtaining money or property, avoiding the payment of money or the loss of property, or obtaining business or personal advantage".

económica²⁹.

En el ámbito criminológico, destaca en primer término el sector doctrinal que pone el énfasis en la relación existente entre infracción y profesión, postulando la categoría de "*occupational crime*" o delito profesional, denominado así por la doctrina angloamericana, que incluye los delitos "de cuello blanco", pero también los llamados "de cuello azul"³⁰. La delincuencia profesional abarca todos los delitos cometidos por cualquier persona en el ejercicio de su profesión³¹. Se

²⁹Sobre estas denominaciones, vid. más extensamente BAJO FERNANDEZ: *El Derecho penal económico*. cit. pág.48 y siguientes.

³⁰Por delito "de cuello azul" se entienden las infracciones cometidas por los obreros en el ejercicio de su actividad profesional, por ejemplo cuentas no justificadas por reparaciones no efectuadas en electrodomésticos o automóviles.

Uno de los máximos exponentes de esta tendencia es CLINARD, M. B.: *The Black Market. A Study of White-Collar Crime*. New York, 1952, pág.277, quien parte de que no es el nivel socio-económico el que juega un papel fundamental en la concepción del delito de cuello blanco, sino la actividad profesional, de tal modo que las personas parecen aceptar o rechazar las oportunidades de cometer infracciones de cuello blanco en función de sus orientaciones respecto a los diversos papeles que desempeñan en la sociedad, y, en particular, respecto a su papel profesional. Para el citado autor, el delito de cuello blanco es "el cometido por personas de algunos sectores de actividad (por ejemplo, los empresarios y los políticos) en relación con su ocupación". Vid. sobre la delincuencia profesional, especialmente, QUINNEY, R.: *The Study of White-collar Crime: Toward a Reorientation in Theory and Research*. "Journ. of Crim. Law, Criminology and Police Science" Vol.55, 1964, pág.209; también, entre otros, BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico*. cit. pág.48; FERNANDEZ ALBOR, A.: *Estudios sobre criminalidad económica*. Barcelona, 1978, pág.19; KAISER, G.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*. cit. pág.218.

³¹Para MIDDENDORFF, W.: *Sociología del delito*. Madrid, 1961, pág.61 y siguientes, el delito profesional abarcaría, desde el punto de vista del autor, los delitos de las grandes sociedades anónimas y mercantiles, las prácticas deshonestas de los comerciantes, las infracciones cometidas por los artesanos, deportistas y quienes tienen un título académico, así como la corrupción de los funcionarios. Desde la perspectiva del objeto, adulteración de alimentos y bebidas, delitos fiscales, aduaneros y monetarios. Considera MIDDENDORFF que el delito

abandona, como vemos, la alusión al status social elevado, elemento esencial de la definición de SUTHERLAND. En la doctrina europea esta posición no es dominante pues, aunque se considera esencial la existencia de una estrecha relación con la actividad profesional, no bastando para la caracterización del delito de cuello blanco el hecho de que el delincuente pertenezca a una clase social alta, se estima que el delito profesional constituye únicamente un sector dentro del más amplio concepto de "*White-collar crime*"³².

La expresión "*Kavaliersdelikt*" o delito de caballeros, utilizada en ocasiones en sentido coincidente con la de delito de cuello blanco, corresponde a aquel sector doctrinal que centra su atención en el status social del delincuente. En la delincuencia de caballeros sólo tienen cabida los comportamientos delictivos, de cualquier naturaleza, cometidos por personas de status social elevado, que gozan de gran estimación entre sus conciudadanos. Tales delitos tienen prácticamente como única característica común la de ser infracciones que permanecen impunes, habida cuenta la gran estimación de que goza el sujeto activo entre sus conciudadanos

profesional es el cometido en el ejercicio de una profesión civil o en estrecha relación con ella.

³²Vid. por todos FERNANDEZ ALBOR: *Estudios sobre criminalidad económica*. cit. pág.19; SAINZ CANTERO, J. A.: *Delincuencia económico-financiera*. "Delito y sociedad" núm. extraordinario de "Cuadernos para el diálogo" 1971; pág.13.

El punto de partida debe buscarse en la formulación de CLINARD: *The Black Market*. cit. pág.227. Preocupado por desplazar el centro de gravedad desde la pertenencia del autor a una determinada clase social al requisito de la vinculación con la profesión, definió este autor el delito de cuello blanco como el que se comete por personas pertenecientes a un determinado sector profesional en relación con su ocupación. Pero, como señalan FERNANDEZ ALBOR, A./ MARTINEZ PEREZ, C.: *Delincuencia y economía*. Santiago de Compostela, 1983, pág.31, es evidente que la fenomenología delictiva que se puede agrupar bajo tal concepto difiere ya enormemente de la noción original del "*White-collar crime*".

y la falta de reprobación por parte de la comunidad³³. El elemento de la definición de SUTHERLAND que se omite es precisamente la relación entre infracción y ejercicio profesional³⁴.

Según se ha advertido, la expresión "delincuencia económica" suele identificarse con la de "delincuencia de cuello blanco". Sin embargo, en el ámbito europeo la primera se ha ido imponiendo de forma paulatina, incluso para describir el mismo fenómeno. Como ha subrayado la doctrina, las causas explicativas de esta sustitución terminológica podrían residir, por un lado, en el hecho de que el término "*White-collar crime*" no tiene una significación concreta en ningún idioma diverso al inglés y, por otro, en que es precisamente la criminalidad económica la que ofrece un mayor interés desde los puntos de vista criminológico y propiamente jurídico, como ya se ha señalado³⁵.

El problema estriba, pues, en diferenciar las características que distinguen la delincuencia económica con respecto a la delincuencia de cuello blanco, a la de caballeros o a la profesional. Suele exigirse como criterio definitorio que la infracción sea apta para lesionar o poner en peligro el orden económico³⁶. Se postula también como definitoria la nota

³³Vid. BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico*, cit. pág.49; FERNANDEZ ALBOR: *Estudios sobre delincuencia económica*, cit. pág.20; FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: *Delincuencia y economía*, cit. pág.32. Se incluirían aquí delitos tales como infracciones de tráfico, tenencia ilícita de armas, duelo, fraudes diversos, etc.

³⁴Cfr. VILADAS JENE, C.: *La delincuencia económica. Comentario a propósito de las Segundas Jornadas Internacionales de Londres de 1977*. Vol. III. Barcelona, 1978, pág.224.

³⁵FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: *Delincuencia y economía*, cit. pág.33. Vid. también BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico*, cit. pág.50.

³⁶Vid. TIEDEMANN, K.: *El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico*. "CPC" núm.28, 1986, pág.66 y siguiente. En la doctrina española, vid. por

del abuso de la confianza social que se estima necesaria para la vida económica³⁷, si bien en muchas de las conductas encuadrables dentro de este tipo de delincuencia el abuso de confianza no desempeña un papel importante. El criterio de la pertenencia del delincuente a capas de nivel socio-económico elevado sigue siendo pertinente en la delincuencia económica³⁸, aunque se hayan formulado propuestas en otro

todos BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. pág.49. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**, cit. pág.166, entiende que es correcto exigir una cualificada relevancia socio-económica de la infracción, puesto que ello "no sólo hace más significativa la categoría criminológica examinada... sino que responde mejor a la particular trascendencia, cualitativa y cuantitativa, de esta criminalidad frente a la convencional". En el mismo sentido, vid. FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. pág.35.

³⁷Vid. un análisis amplio en KAISER: **Criminología**. cit. pág.219. En el mismo sentido TIEDEMANN: **Objetivos, propósitos y métodos de la investigación criminológica europea en el ámbito de los delitos económicos**. cit. pág.155; del mismo autor: **El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico**. cit. pág. 66. Subraya GÖPPINGER, H.: **Criminología**. Madrid, 1975, pág.497, que a largo plazo pesa más el inmenso daño moral causado por el abuso y la violación de la confianza socialmente necesaria en la convivencia interhumana y económica que cualquier perjuicio material.

Semejante característica fue ya apuntada por el propio SUTHERLAND, quien había hecho notar que los delitos propios de esta clase de delincuencia vienen connotados por la violación de la confianza, explícita o implícita, en la economía. Vid. SUTHERLAND, E. H.: **White-collar Criminality**. "American Sociological Review" núm.5, 1940, págs.1 y siguientes. Posteriormente, su discípulo D.R. CRESSEY agregó el abuso de confianza a las cuatro notas definitorias del concepto de delito de cuello blanco presentadas por SUTHERLAND, como señalan FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. pág.35.

³⁸La posición mayoritaria, sobre todo en la doctrina europea, estima que existe una íntima relación entre delincuencia económica y nivel socio-económico elevado. Vid. BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. pág.49. Señala este autor que la importancia social de la delincuencia económica "se deriva de la cuantía del daño y del reclutamiento del autor entre los miembros de la alta sociedad. Son precisamente los delitos económicos cometidos por éstos quienes producen efectos más lesivos por

sentido³⁵. Por último, pertenece a la esencia de la delincuencia económica, además de las notas anteriores, que "el comportamiento criminal se efectúa en el ejercicio de la profesión, es decir, cumpliendo con el rol profesional o desviándose de él"⁴⁰. En torno a estos requisitos existe un amplio consenso en la literatura criminológica.

Conjugando estos criterios, desde el punto de vista criminológico y en una perspectiva meramente instrumental o

la cuantía de sus efectos y por el número de personas afectadas, y porque éstas suelen pertenecer a clases modestas". Señala GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**, cit. pág.165, que "el intento de algún sector doctrinal de prescindir de toda referencia selectiva al estatus social del autor, vaciaría de contenido y utilidad a la categoría que examinamos". Más aún, según COURAKIS, N. C.: **Introduction à l'étude de la criminalité en col blanc**. "Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé" 1974, págs.771 y siguientes, estos delitos son cometidos exclusivamente por personas de nivel socio-económico elevado, poseedores de buena reputación y acomodadas.

³⁵Así, hay que destacar a NEWMAN, D.: **"White-collar crime"**. "Law and Contemporary Problems" núm.23, 1958, pág.737. Este autor hace hincapié en la forma de comisión del delito, estimando que el delito de cuello blanco se caracteriza por llevarse a cabo de modo ingenioso, sin que tenga relevancia el nivel socio-económico del delincuente. También EDELHERTZ, H.: **The Nature, Impact, and Prosecution of White Collar Crime**. Washington, 1970, pág.4, ha hecho notar que los delitos de esta clase pueden ser cometidos lo mismo por un empleado que por el director del Banco.

⁴⁰KAISER: **Criminología**. cit. pág.217. En el mismo sentido, cfr. GÖPPINGER: **Criminología**. cit. pág.496. Este criterio permite excluir del concepto de delincuencia económica los delitos que cometan personas de status social elevado de forma ocasional, sin relación alguna con sus actividades económicas, como ha señalado ANIYAR DE CASTRO, L.: **La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología**. Maracaibo, 1982, pág.163. El ejercicio de la profesión no interesa tanto en sí mismo cuanto como medio o marco en el que actúa el delincuente económico. Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**. cit. pág.166. Esta característica de la delincuencia económica conduce a que la regulación jurídica y la descripción de los hechos punibles se realice a través de delitos especiales, como ya señaló TIEDEMANN: **La criminalidad económica como objeto de investigación**. cit. pág.172.

"táctico-criminal"⁴¹, podemos definir como delincuencia económica el conjunto de infracciones cometidas por personas de nivel socio-económico elevado que, actuando en el ejercicio de su actividad profesional y abusando de la confianza inherente a las relaciones sociales, lesiona o pone en peligro el orden económico⁴².

2. 3. DELINCUENCIA ECONOMICA Y DELINCUENCIA SOCIETARIA.

Tras el concepto de delincuencia económica se ocultan hechos muy variados, "desde las viejas formas de los delitos de

"KAISER: Criminología. cit. pág.220. Este autor considera que la importancia de la referencia al tipo de delincuencia que analizamos radica en que "este concepto fija la atención sobre un comportamiento gravemente nocivo a la sociedad en la vida mercantil".

⁴²Sustancialmente semejantes las definiciones ofrecidas por BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. pág.49; KAISER: **Criminología**. cit. pág.219; MARTINEZ PEREZ: **El delito fiscal**. cit. pág.46. De forma coincidente con la definición ofrecida, NIGGEMEYER, B.: **Überblick über die gegenwärtigen Probleme der Wirtschaftskriminalität**. En Bundeskriminalamt (edit.): **Grundfragen der Wirtschaftskriminalität**. Wiesbaden, 1963, citado por GÖPPINGER: **Criminología**. cit. pág.495, entiende por delitos económicos "los delitos que se cometen, explotando el prestigio económico o social, mediante el abuso de las formas y las posibilidades de configurar los contratos que el Derecho vigente ofrece, o abusando de los usos y las razones de la vida económica, basados en una elevada confianza, delitos que, de acuerdo con la forma en que se cometen y las repercusiones que tienen, son idóneos para perturbar o poner en peligro por encima del perjuicio de intereses particulares, la vida o el orden económico". Esta es también la posición adoptada en el Anexo a la Recomendación R (81) 12 del Consejo de Europa. Vid. TSITSOURA, A.: **La criminalidad económica. Actividades del Consejo de Europa**. en BARBERO SANTOS, M. (ed.): **La reforma penal: Delitos socio-económicos**. Madrid, 1985, pág.60.

Considero delincuencia económica no sólo el comportamiento legalmente definido como delictivo sino también el comportamiento no criminalizado aunque socialmente dañoso. Vid. PAVARINI, M.: **Ricerca in tema di <<criminalità economica>>**. "La questione criminale" 1975 I, pág.540.

contabilidad y balance económico y de los fraudes crediticios, pasando por las quiebras fraudulentas, las desfiguraciones de la competencia, las evasiones de impuestos, los sobornos fiscales, hasta las estafas para conseguir subvenciones, el espionaje industrial, los acuerdos de trusts con precios apalabrados, descuentos fraudulentos y estafas de certificaciones, llegando finalmente a la criminalidad a base de computadoras"⁴³. Es indudable que la delincuencia societaria, desde el punto de vista criminológico, constituye un importante sector dentro de la criminalidad económica⁴⁴. En las líneas siguientes trataré de analizar su etiología y las razones de la impunidad que disfruta, haciendo aplicación de las notas propias de la delincuencia económica en la medida de lo posible.

⁴³KAISER: *Criminología*. cit. pág.222.

⁴⁴De "núcleo fundamental" los trata GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*. cit. pág.175. En el mismo sentido vid., entre otros, ARROYO ZAPATERO: *Actualidad político-criminal del Derecho penal económico en España*. cit. págs.16 y 22, quien los incluye entre los delitos "más genuinamente económicos"; y BERISTAIN IPIÑA, A.: *El delito de cuello blanco. Eficacia de sus sanciones penales*. "El Ciervo, Revista de Información General" núm.371, 1982, pág.5. BOLLE: *La lutte contre la criminalité économique en Suisse*. "SZSt" 1981, pág.140, señala que "la criminalité économique, chacun sait confusément ce que c'est. Il serait vain de la définir. Il suffit de se mettre d'accord sur un point, c'est qu'ils'agit d'un nouveau concept recouvrant une ancienne réalité, concept qui englobe en tous cas les infractions au droit des sociétés, la concurrence déloyale, les transactions immobilières irrégulières et l'espionnage économique". Por su parte, LAMPE, E. J.: *Wirtschaftsstrafrecht*. En HW. der Wirtschaftswissenschaft. Stuttgart, 1981, pág.311, ordena los delitos económicos en cuatro grupos, de acuerdo con los ámbitos tangenciales de protección: economía nacional y de la empresa, finanzas del Estado, la colectividad, partes en un contrato y usuarios. El primero está constituido por los delitos contra el sector bancario y la Bolsa, la economía crediticia, la economía de seguros, la libertad general de competencia, aseguramiento de necesidades, incluidos los delitos de infidelidad e insolvencia, así como los delitos contra los derechos de autor y de marcas.

2. 3. 1. Etiología de la delincuencia societaria.

Al investigar la etiología de los delitos societarios son esgrimibles las mismas teorías generales de la delincuencia económica en general. Pueden distinguirse en materia de delincuencia económica las explicaciones psicológicas y las sociológicas⁴⁵.

Partiendo de la idea de que determinados grupos de delincuentes presentan una personalidad característica, alguna corriente doctrinal ha afirmado que el delincuente económico ofrece unas específicas características personales.

BAJO FERNANDEZ ha sintetizado las distintas argumentaciones de las teorías más importantes sobre la etiología de la delincuencia económica, y cita a MERGEN como el más significativo representante de las explicaciones psicológicas⁴⁶. En su conocido Psicograma, basado en el estudio de casi cincuenta análisis de tratamientos psicoterapéuticos, MERGEN reconoció la existencia de unos rasgos distintivos⁴⁷: materialismo, egocentrismo, dinamismo y audacia, inteligencia, peligrosidad, hipocresía, neurosis y

⁴⁵Vid. MUÑOZ CONDE: **Introducción al Derecho Penal**. cit. págs.124 y siguiente. Señala este autor que aunque estos dos planteamientos se han repartido en los últimos cien años la solución al problema de las causas de la criminalidad, haciendo de la Criminología una antropología criminal o una sociología criminal, se va abriendo cada vez más paso una "visión integradora" de la Criminología "que tiene su origen en la formulación de VON LISZT de que "el delito es el producto de la constitución del autor en el momento del hecho y de las circunstancias exteriores que le rodean en ese momento".

⁴⁶Vid. BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. págs.53 y siguientes.

⁴⁷MERGEN, A.: **La personnalité du "criminel à col blanc"**. "RICPT", 1970, págs.265 y siguientes. Del mismo autor: **Tat und Täter. Das Verbrechen in der Gesellschaft**. München, 1971, págs.45 y siguiente.

ausencia de sentimiento de culpabilidad⁴⁸.

Esta caracterización psicológica del delincuente económico ha sido atacada desde diferentes puntos de vista⁴⁹, lo cual, como advierte BAJO, no impide reconocer la importancia que las características personales del delincuente pueden tener en el estudio de esta manifestación delictiva. Así, ha señalado que en cuanto a los factores personales hay que tener en cuenta que la pertenencia del delincuente a las altas capas sociales implica una estima social y un concepto de honorabilidad e integridad que cuidan de mantener; su inteligencia y astucia facilita la utilización de ingeniosos medios de ocultación de sus actividades ilícitas; son de especial audacia y valentía, a la vez que carecen de conciencia clara de la ilegalidad de sus actos porque se creen portadores de cierta inmunidad frente a las leyes o porque tienen una imagen estereotipada del criminal, asociada a las clases inferiores⁵⁰.

Las investigaciones sobre la personalidad del autor, que en la criminología clásica detentaban una posición preeminente, están casi completamente ausentes del campo de la criminalidad

⁴⁸Vid. más ampliamente GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**. cit. pág.169.

⁴⁹Vid. ampliamente BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. pág.55. En sentido crítico, GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**. cit. pág.170.

⁵⁰Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO FERNANDEZ, M./ PEREZ MANZANO, M./ SUAREZ GONZALEZ, C.: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. Madrid, 1993, pág.570. Vid. GARCIA ANDRADE, J. A.: **Psiquiatría criminal y forense**. Madrid, 1993, págs.379 y siguientes. En sentido crítico, MUÑOZ CONDE, F.: **Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma**. en AA.VV.: **Hacia un Derecho penal económico europeo**. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, 1995, pág.266, indica que "no parece que tales delincuentes tengan especiales connotaciones o características somáticas o psíquicas que los hagan más susceptibles de llegar al delito". Sin embargo, se ha comprobado que la edad de estos delincuentes suele ser más elevada que la de los delincuentes comunes.

económica, en el que son sustituidas por especulaciones sobre la cuestión de si cabe hablar de un concepto de delincuente económico como tipo unitario, lo que quizá pueda ser negado⁵¹.

En términos generales puede afirmarse que el mayor consenso se obtiene actualmente considerando que, si bien la personalidad del autor no puede explicar por sí sola la delincuencia económica, sí interviene de alguna manera en la actuación criminal del delincuente⁵².

Dejando esbozada la existencia y relativa importancia de los factores individuales, parece ahora de mayor utilidad exponer los factores explicativos de índole sociológica, sobre los cuales existe consenso entre la variedad de teorías que tratan el tema en la literatura criminológica, y que son

⁵¹Cfr. TIEDEMANN, K.: Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República Federal Alemana. "CPC" núm.14, 1981, pág.276.

⁵²Cfr. VILADAS JENE: La delincuencia económica. cit. pág.234; en el mismo sentido se pronuncian DELMAS-MARTY, M.: La criminalité d'affaires. "Revue de Sciences Criminelles et de Droit pénal comparé" 1974, pág.50, y FERNANDEZ ALBOR/MARTINEZ PEREZ: Delincuencia y economía. cit. pág.12, entre otros. El propio SUTHERLAND reconoció la necesidad de considerar la hipótesis de los rasgos personales del autor como suplemento, en la explicación de la conducta criminal y por ende del "White-collar crime", de las definiciones culturales que él sugirió bajo las tesis de la asociación diferencial y la desorganización social, como ha señalado oportunamente BERGALLI, R.: Criminalidad económico-social. "ADPCP" 1986, pág.64. Efectivamente, SUTHERLAND se sirvió del concepto de delincuencia de cuello blanco para justificar su teoría preferida sobre el comportamiento criminal, la teoría de la asociación diferencial, con la que pretendía exponer una teoría sobre el origen del comportamiento criminal basada en la hipótesis de que se produce un acto criminal cuando existe una situación apropiada para un individuo determinado. Como han señalado FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: Delincuencia y economía. cit. pág.25, se trata de una tesis psico-sociológica que rechaza las explicaciones que vinculan la criminalidad a una determinada clase social y las explicaciones convencionales de corte psiquiátrico que consideraban como causa fundamental de la conducta criminal la indigencia y sus condiciones conexas.

considerados como factores esenciales en la etiología de la delincuencia económica. No corresponde aquí, sin embargo, analizar todas y cada una de las teorías explicativas de carácter sociológico sobre la delincuencia económica. Apuntaré, no obstante, siguiendo a BAJO FERNANDEZ⁵³, que las más importantes entroncan con las teorías sociológicas generales explicativas de la delincuencia: la teoría de la asociación diferencial, la teoría de la anomia, el "labelling approach", etc. El sistema social debe ser considerado también como elemento explicativo, desde el momento en que tanto los mecanismos en que se basa como la ideología del máximo beneficio que lo inspira contribuyen a la aparición de este tipo de criminalidad⁵⁴.

No es posible concluir esta referencia a las causas de la delincuencia económica y societaria sin hacer una breve referencia a una explicación sugestiva, formulada desde la perspectiva crítica o radical de la nueva escuela de Bolonia, plenamente aplicable a la delincuencia societaria. Esta criminalidad constituiría, según PAVARINI, la expresión de una contradicción entre el capital como inteligencia colectiva y el capital como anarquía, esto es, una contradicción entre el capitalismo como sistema y el capitalista individual que, en la satisfacción de su interés, infringe la disciplina impuesta

⁵³BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. págs.56 y siguientes.

⁵⁴Cfr. BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. pág.64 y siguientes; en el mismo sentido, vid. VILADAS JENE: **La delincuencia económica**. cit. pág.235. Por ende, el propio SUTHERLAND, al lado de la teoría individual del comportamiento criminal articuló una tesis a nivel social como fórmula explicativa del nacimiento y desarrollo de la delincuencia de cuello blanco: la "teoría de la organización social diferencial". Vid. FERNANDEZ ALBOR/MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. pág.26 y siguiente.

por el capital en su totalidad⁵⁵.

2. 3. 2. Ineficaz represión de la delincuencia societaria.

2. 3. 2. 1. Determinaciones previas.

Ya SUTHERLAND destacó en su día que ante la comisión de delitos de cuello blanco se puede observar un trato indulgente, no sólo por parte de la sociedad en general, sino extendido al plano legislativo y judicial⁵⁶. Dicha consideración es plenamente aplicable a la delincuencia societaria. La importancia del análisis de las causas fundamentales que determinan el trato indulgente otorgado a esta clase de delincuencia radica en que, como señala SAINZ CANTERO, "con ser mucho el daño causado por los delitos económico-financieros, no es su resultado material lo más pernicioso que producen. Es mucho más nocivo el efecto psicológico del trato de favor que

⁵⁵PAVARINI: *Ricerca in tema di criminalità economica*. cit. pág.544. En sentido semejante se manifiesta SEIDEL, 1972, pág.363, citado por KAISER: *Criminología*. cit. pág.228, al caracterizar la criminalidad "de cuello blanco" como "el hermano gemelo del capital monopolístico". Vid. también HORMAZABAL MALAREE, H.: *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español*. en AA.VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. cit. págs.199 y siguiente.

⁵⁶MARTINEZ PEREZ: *El delito fiscal*. cit. pág.59. No obstante, debe señalarse que la selectividad al actuar de las instancias sociales de control penal no puede equipararse con una estrategia consciente y planeada de tales instancias de control y sus representantes; por el contrario, responde al actuar conjunto de diferentes factores que no están en absoluto, o sólo condicionadamente, a disposición de quien realiza el control. Cfr. SACK, F.: *Probleme der Kriminalsoziologie*. en René König (Hrg.): *Handbuch der empirischen Sozialforschung*. Vol. 12, 2. Aufl. Stuttgart, 1978, citado por CUELLO CONTRERAS: *La definición de criminalidad*. cit. pág.445, nota núm.62.

en todos los países vienen recibiendo"⁵⁷.

SGUBBI ha sintetizado las causas que favorecen la impunidad de las conductas dañosas directamente vinculadas con la apropiación privada del beneficio, esto es, ligadas a la actividad propia y característica de ciertos grupos sociales⁵⁸. En su conocido estudio señala las situaciones de impunidad, es decir, de exención de pena, por parte de grupos económico-políticos dominantes que realizan acciones socialmente dañosas las cuales tienen como objeto la actividad económica y que afectan a intereses colectivos, esto es, correspondientes a necesidades reales de amplios sectores de la población. La impunidad se debe, según SGUBBI⁵⁹, a dos factores:

- Por un lado, a la resistencia que los operadores económicos oponen a que se utilice frente a ellos la pena privativa de libertad, puesto que no es posible absorberla por la vía de los costes de producción ni transferirla a los consumidores⁶⁰. En este sentido, cabe señalar que el impulso criminalizador proviene en gran medida de impulsos internos del

⁵⁷SAINZ CANTERO: Delincuencia económico-financiera. cit. pág.16.

⁵⁸Cfr. SGUBBI, F.: Tutela penale di <<interessi diffusi>>. "La Questione Criminale" núm.3, 1975, págs.443 y siguientes.

⁵⁹Cfr. SGUBBI: Tutela penale di <<interessi diffusi>>. págs.441, 443, 449, 460 y 461, principalmente.

⁶⁰En efecto, como indica ANIYAR DE CASTRO, L.: Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso. "CPC" núm.14, 1981, págs.346 y siguiente, una de las formas de criminalización se produce a través del tipo de tratamiento o de sanción seleccionado. Hay, como sabemos, sanciones estigmatizantes y sanciones que dejan intacta la imagen de buen miembro de la sociedad. Las primeras están previstas normalmente para los delitos típicos de los sujetos ubicados en los estadios más bajos de la escala social, mientras que las multas, las suspensiones de licencia y otras de naturaleza administrativa están destinadas a los detentadores del poder económico.

mundo económico que encuentran en la Comunidad Europea mecanismos de expresión más racionales que en los propios Parlamentos nacionales⁶¹.

- Por otro lado, a no corresponder sus autores al estereotipo del criminal, ni ser las víctimas de estas conductas los tradicionales titulares de derechos subjetivos lesionados por los delitos patrimoniales clásicos.

2. 3. 2. 2. Opinión pública.

Salvo en casos concretos de producción directa de grandes perjuicios materiales la reacción social contra estos delitos es prácticamente nula⁶². La Criminología trata de explicar que ello se debe a que estos comportamientos no se sienten como delincuencia por los integrantes de la comunidad social. El ciudadano que comete este tipo de infracciones "raramente tiene la impresión de violar a la vez una ley penal y un principio

⁶¹Cfr. ARROYO ZAPATERO: **Actualidad político-criminal del Derecho penal económico en España**. cit. pág.16.

⁶²Señalan HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. cit. pág.50, que el consenso social es escaso en lo que se refiere a la punibilidad de los ataques a "bienes jurídicos universales" y de los delitos "sin víctimas". Esta actitud provoca que las normas que sancionan ciertos comportamientos ilegales dentro del ámbito societario difícilmente produzcan como efecto necesario el proceso de criminalización secundaria, esto es, la creación de una carrera criminal de cara a la sociedad. Cfr. PAVARINI: **Ricerca in tema di criminalità economica**. cit. pág.539. Como señala CURY, U. E.: **Derecho Penal, Criminología y Política criminal**. en AA.VV.: Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte. Bogotá, 1988, pág.193, "los órganos de control social seleccionan sólo a unos pocos para tratarlos como delincuentes, mientras el conflicto creado por los restantes o no se resuelve -porque se lo ignora o porque, aun sabiéndolo, no se lo persigue- o se soluciona acudiendo a procedimientos distintos del punitivo (... acuerdos recíprocos, compensaciones convencionales o, a lo sumo, persecución judicial de restituciones e indemnizaciones civiles)".

superior de moral y de justicia"⁶³. La escasa visibilidad del delito, la volatilización de la cualidad de víctima y el anonimato constituyen notas peculiares de las infracciones societarias⁶⁴. La manera ingeniosa y complicada en la comisión de estos delitos⁶⁵ y también la esencia misma del fenómeno, esto es, la mentalidad idéntica entre la opinión pública y el criminal, coadyuvan a la impunidad. El *corpus delicti*, a veces un simple dato contable, no provoca lógicamente la repulsa y desaprobación del crimen convencional. Como consecuencia de todo ello, la reacción social es poco intensa. "Las infracciones escasamente se denuncian o no se castigan efectivamente porque la aparente "neutralidad" de los hechos, la no percepción directa y ostensible del delito y la escasa "crime appeal" y carga de "afectividad" del mismo dificultan su persecución"⁶⁶. Al no estar claramente sancionadas estas conductas, el delincuente considera que son simples ilegalidades, nada más que negocios; aun reconociendo que su

⁶³Vid. por todos MARTOS NUÑEZ: *Derecho penal económico*. cit. pág.200. Señala GÖPPINGER: *Criminología*. cit. pág.496, que constituye un dato particularmente alarmante la falta de conciencia de lo injusto en estos autores. Indica correctamente KAISER: *Introducción a la Criminología*. cit. págs.360 y siguiente, que "aquello que, en general, impregna ya la criminalidad moderna, a saber, urbanidad, desarrollo tecnológico, falta de transparencia en las relaciones, explotación de posibilidades, en especial de las facultades de poder otorgadas, parecen culminar aquí".

⁶⁴Cfr. KAISER: *Criminología*, cit. pág.210; en el mismo sentido, GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*. cit. pág.178.

⁶⁵Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*. cit. pág.179. Como señala entre otros FERNANDEZ ALBOR: *Estudios sobre criminalidad económica*. cit. pág.17 y siguientes, la destreza empleada en sus negocios, unida a los medios financieros de que dispone, permiten que el delincuente societario escape a la justicia. Es normal, asimismo, que cuente con el asesoramiento de especialistas en la materia que, mediante la explotación de lagunas de la ley, bordean sus márgenes, llevando su interpretación hasta el último extremo posible.

⁶⁶MARTOS NUÑEZ: *Derecho penal económico*. cit. pág.175.

conducta es injusta cree que resulta habitual en la sociedad o en el grupo social al que pertenece⁶⁷. Sus actividades son vistas como simples irregularidades formales, no criminales⁶⁸, castigadas por razones circunstanciales, pero no como comportamientos intrínsecamente "malos".

BAJO ha concedido notable relieve a la apariencia externa de licitud como nota característica de esta delincuencia, lo cual conlleva dos consecuencias: por una parte, una ausencia de afectividad del delito, como resultado del carácter circunstancial y abstracto de estas figuras delictivas en contraposición con las clásicas; por otra, una modificación de los límites de lo moral en el terreno económico⁶⁹.

Efectivamente, la práctica generalizada de comportamientos anómalos da lugar a la tolerancia social. Nos movemos en el campo confuso de la moral de frontera, "concepto que en su originaria caracterización, obra de BRIEFS, señala el *minimum* ético, por debajo del cual el comportamiento se hace socialmente insoportable"⁷⁰. Se dice que la moralidad es una

⁶⁷Cfr. FERNANDEZ ALBOR: Estudios sobre criminalidad económica. cit. pág.21.

⁶⁸Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: Problemas actuales de la Criminología. cit. pág.180.

⁶⁹Cfr. BAJO FERNANDEZ: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial. cit. pág.69 y siguientes.

⁷⁰TERRADILLOS BASOCO, J.: Delitos societarios: el derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE. Madrid, 1987, pág.30. Señalan BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho penal. (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. pág.570, que "el concepto moral de frontera nace precisamente para advertir que en el mundo económico rige el mínimo tolerable del comportamiento ético, en el sentido de que el nivel ético en el ámbito económico es realmente muy bajo, permitiéndose toda clase de comportamientos abusivos y audaces que rozan la ilegalidad". Como pone de relieve, entre otros, ARROYO ZAPATERO: Actualidad político-criminal del Derecho penal económico en España. cit. pág.16, los comportamientos económicos se ubican francamente en el terreno de lo no rechazado moralmente o en un terreno libre de

limitación muy reducida en el marco de la delincuencia societaria, y el riesgo sólo constituye un freno cuando es muy grande⁷¹. Ahora bien, la apelación a los bajos niveles éticos imperantes en el mundo de los negocios desvía la atención y degrada el grave reproche que estas conductas merecen⁷². La sociedad de nuestros días consiente e incluso facilita un excesivo libertinaje en materia económica⁷³. La actividad mercantil se caracteriza por la búsqueda de la eficacia, es decir, del lucro, del poder y de la máxima productividad⁷⁴; ninguno de estos elementos es, en principio, punible, pero

moralidad.

⁷¹Cfr. TSITSOURA: *La criminalidad económica. Actividades del Consejo de Europa*. cit. pág.61.

⁷²Cfr. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*. cit. pág.180.

DELMAS-MARTY, M. (dir.): *Criminalité des affaires et Marché Commun*. París, 1982, págs.163 y siguientes, ha propuesto, para hacer posible un círculo menos deshonesto, donde se muevan las actividades económico-financieras y los negocios en general, la puesta en práctica de Códigos de conducta. Estos Códigos tendrían, con respecto a la norma jurídica, la ventaja de acomodarse mejor a la trepidante dinámica de aquellas actividades, la de presentarse como reglas autoimpuestas y la de hacer posible un rápido control de las disfunciones que en un escenario tal se presentan insidiosa y asiduamente. Advierte, no obstante, que "no se trata, por supuesto, de ninguna panacea, pero sí puede generar impulsos apreciables de reducción del mal, derivados de la conciencia de autoprotección creada en esos grupos profesionales y de la actitud permanente de censura que representa para los miembros insolidarios. No se trata, por supuesto, de ninguna clase de "derecho" paralelo, sino de afianzar pautas sociales de actuación". Sin limitarse a los Códigos de conducta, se ha observado una intensificación de los propios controles económicos por parte de las instituciones económicas. Vid. KAISER: *Introducción a la Criminología*. cit. pág.376.

⁷³Cfr. DRAPKIN, I.: *La cultura de la violencia*. "ADPCP" 1976, pág.478. Se habla incluso de la gangrena en la moralidad pública; vid. BOLLE, P. H.: *Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales*. "Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique" núm.1, 1981, págs.27 y siguientes.

⁷⁴TSITSOURA: *La criminalidad económica. Actividades del Consejo de Europa*. cit. pág.61.

pueden llegar a serlo si el objetivo de su logro predomina sobre cualquier otra consideración⁷⁵, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. El riesgo (proporción entre el beneficio esperado y el daño que, a consecuencia del delito, puede esperarse) forma parte también a veces de la actividad económica, con lo que si la moral no es capaz de frenar la ambición y el riesgo no es demasiado fuerte, por la probabilidad de escapar a la condena, la delincuencia societaria ofrece un panorama no demasiado optimista en cuanto a la eficacia de la lucha contra sus diversas formas de expresión.

Se ha denunciado la existencia de una identificación de mentalidad entre una parte notable de los ciudadanos y esta clase de delincuentes: la sociedad admira a quienes alcanzan el éxito económico, incluso si han transgredido la ley penal para alcanzarlo⁷⁶. Efectivamente, para una gran parte del público y para los propios delincuentes esta criminalidad no es siempre verdadera criminalidad, teniendo en cuenta que los infractores aparecen como plenamente adaptados a la sociedad.

Como forma de lucha contra la delincuencia societaria, en este terreno la labor debe ir encaminada a lograr destruir la identidad de mentalidad entre el ciudadano y el delincuente. A ello contribuyen los estudios empíricos sobre los efectos perniciosos de este tipo de delincuencia, así como las exposiciones comprensibles de las formas de actuar del delincuente societario. Se debe tender a conseguir "la creación

⁷⁵RUIZ VADILLO: La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor. cit. pág.34.

⁷⁶Vid. FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: Delincuencia y economía. cit. pág.45. En ello influye el que actualmente el principio del éxito económico constituye el signo que otorga el prestigio social, siendo relegados otros signos que antaño jugaban un papel capital, como la cultura o la alcurnia, según señala BAJO FERNANDEZ: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial. cit. pág.67.

de una "afectividad" (*Crime appeal*) determinante de una profunda repulsa social"⁷⁷. En esta perspectiva destaca la fundamental labor que los medios de difusión y comunicación de masas vienen desempeñando en los últimos años, dando a conocer notables escándalos financieros en nuestro país, lo cual es señal de un cambio profundo de mentalidad en la sociedad.

2. 3. 2. 3. Legislación.

Las imprevisiones, lagunas o defectos de la legislación tienen, en este sector de la delincuencia, un alto valor criminógeno por el grado de preparación y asesoramiento del delincuente societario⁷⁸. La técnica jurídica no es capaz de prever con detalle todas las situaciones que en el tráfico económico, cada vez más complejo y tecnificado, se producen. De esta manera, las formas típicas de aparición de la criminalidad societaria son caracterizadas en el sentido de que se mueven o parecen moverse casi siempre en el límite de la conducta legal, explotando todas las posibilidades interpretativas⁷⁹.

La evidente carencia de una reacción adecuada por parte del legislador para combatir la delincuencia que analizamos

⁷⁷BAJO FERNANDEZ: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial. cit. pág.76.

⁷⁸Vid. FERNANDEZ ALBOR: Estudios sobre criminalidad económica. cit. pág.17; FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: Delincuencia y economía. cit. pág.37; GARCIA-PABLOS DE MOLINA: Problemas actuales de la Criminología. cit. pág.188; RUIZ VADILLO: La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor. cit. pág.35 y siguiente. La praxis, en especial, considera las "lagunas legales existentes como causa de nuevas formas de criminalidad económica". Vid. MÜLLER/ WABNITZ: Wirtschaftskriminalität. München, 1982, págs.164 y siguientes.

⁷⁹Cfr. GÖPPINGER: Criminología. cit. pág.495.

constituye un fenómeno complejo en el cual intervienen varios factores. La posición de la opinión pública, la existencia de una cierta identificación entre el legislador y los potenciales delincuentes en este terreno y el enorme poder económico y político de que goza una buena parte de éstos, son algunas de las causas explicativas del trato benévolo que el legislador dispensa a esta forma de delincuencia⁸⁰.

La insuficiencia de los tipos penales puede resultar de un defecto de previsión de la ley, como hemos visto, que no contempla todas las formas posibles de ataque a los bienes jurídicos cuya protección se pretende; pero también de un defecto de técnica, en cuanto al modo en que se formulan las descripciones de las conductas que se pretenden abarcar; o de una desproporción por defecto entre el injusto y la pena conminada, en cuanto que ésta resultaría insuficiente para garantizar que el Derecho penal obre como protección eficaz de los bienes jurídicos cuya tutela asume⁸¹. Estos defectos se esgrimen principalmente con el fin de proponer nuevos caminos al legislador para el perfeccionamiento del sistema jurídico.

2. 3. 2. 4. Tribunales de Justicia.

En lo que respecta a la actuación judicial, se ha observado que existe discriminación entre el trato que se ha dado al

⁸⁰Cfr. FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. págs.38 y siguiente. Vid. también SAINZ CANTERO: **Delincuencia económico-financiera**. cit. pág.17.

⁸¹Cfr. GARCIA, L. M./ LLERENA, P. M.: **Criminalidad de Empresa. Responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras**. Buenos Aires, 1990, pág.18.

delincuente tradicional y al económico⁸². "La existencia de una persecución penal selectiva demuestra que la Administración de Justicia penal no ha conseguido eliminar o compensar la injusticia social en el Derecho penal"⁸³.

FERNANDEZ ALBOR ha vinculado el trato indulgente impartido por los Tribunales de justicia con el trato atenuado que se detecta, como ya hemos señalado, en amplios sectores de la opinión pública⁸⁴.

La complicación cada vez mayor de la economía, junto con el desconocimiento que en ocasiones tienen los Tribunales en la materia, dificultan la persecución de estas conductas⁸⁵. Esta creciente complejidad de la vida económica y de su regulación jurídica ha dado lugar a una polifacética estratificación de

⁸²SANCHIS MIR, J. R./ GARRIDO GENOVES, V.: **Delincuencia de cuello blanco**. Madrid, 1987, pág.117, recogiendo las conclusiones de numerosos psicólogos, señalan que "los delincuentes del cuello blanco son tratados con lenidad por el sistema legal y judicial. El intento por ambos de no estigmatizarlos lleva a formar comisiones especiales de investigación. Por ello las sanciones impuestas rara vez desembocan en penas de cárcel, siendo lo más común las multas, que quedan ridículas comparadas con los beneficios obtenidos con el delito... La importancia del estatus de estos delincuentes en todo el proceso legal queda de manifiesto por el hecho de que las mayores sanciones y persecuciones se producen en épocas de crisis o recesión económica, cuando su reputación desciende en la sociedad". También señala las carencias en el nivel de la incriminación secundaria, **HORMAZABAL MALAREE: Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español**. cit. págs.202 y siguientes.

⁸³HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. cit. pág.63. La ideología de los jueces influye, entre otros factores, en la elevada cifra negra de estos delitos. Cfr. **QUINTERO OLIVARES, G.: La política penal para la propiedad y el orden económico**. "Estudios Penales y Criminológicos" III, Santiago de Compostela, 1979, págs.185 y siguientes.

⁸⁴Cfr. FERNANDEZ ALBOR: **Estudios sobre criminalidad económica**. cit. pág.12.

⁸⁵Cfr. MARTINEZ PEREZ: **El delito fiscal**. cit. pág.67.

intereses cuya cobertura y evaluación se hacen prácticamente imposibles para los Tribunales. Tal complejidad, característica en términos generales de toda la criminalidad económica, queda potenciada si se utiliza la estructura social, y más aún cuando de grupos de sociedades o de empresas multinacionales se trata⁸⁶. La cada vez más confusa trama y estructura del hecho mercantil que sirve de base a estas conductas requiere una sutil valoración⁸⁷, puesto que la ingeniosa forma de comisión de estas actividades delictivas, realizadas frecuentemente con el asesoramiento de verdaderos especialistas, dificultan en grado sumo las actividades de investigación judicial⁸⁸. Y ello no sólo por la carencia de infraestructura (el procesamiento de este tipo de delincuentes requiere un personal auxiliar especializado en el análisis de balances y cuentas anuales, en el funcionamiento de la Bolsa, etc.)⁸⁹, sino también por la falta de especialización de los propios jueces. La complejidad

⁸⁶TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.30.

⁸⁷En la RFA la constatación de esta situación ha llevado a integrar dentro del concepto de delito económico, y a efectos de determinar la competencia de las Cámaras en lo penal económico (en los tribunales de los Estados federados), los tipos penales en los que "para juzgar el caso se requieren conocimientos especiales de la vida económica". No se toma en cuenta el tipo criminológico de autor, sino las dificultades criminalísticas del descubrimiento y la persecución de estos hechos. Como señala TIEDEMANN: *La criminalidad económica como objeto de investigación*. cit. pág.172, la combinación de ambos puntos de vista y la dirección del hecho contra el orden económico permite considerar hechos punibles del Derecho penal económico tanto la falsificación y falsedad de balances o la estafa de crédito, como la adulteración de vinos, la propaganda desleal, la estafa vinculada a ciertos negocios de mercaderías a término, la evasión fiscal, etc.

⁸⁸Como señala GÖPPINGER: *Criminología*. cit. pág.495, "las eventuales acciones penalmente relevantes son ejecutadas de un modo tan habilidoso que o bien resulta imposible probarlas o bien ello sería para el Estado demasiado costoso en comparación con los medios de que dispone el autor para impedirlo".

⁸⁹Cfr. CORBOZ, B.: *Les criminels en col blanc*. "RICPT" núm.2, 1976, págs.116 y siguientes. Añade este autor que la mayor parte de los Tribunales carece de este personal auxiliar.

de las conductas enjuiciadas supone dificultades de entendimiento de la prueba⁹⁰. Como hemos visto, a diferencia del delito tradicional el delito económico suele ir acompañado de una apariencia de licitud⁹¹, lo cual mediatiza su persecución judicial.

En definitiva, el problema fundamental en el campo de los órganos de persecución penal es tratar de conseguir en los mismos un grado de especialización tal que permita soslayar la dificultad de comprensión que rodea al delito societario y económico en general. En este aspecto resulta sumamente interesante el esfuerzo que en los últimos años se ha realizado en Alemania en materia de persecución penal de la delincuencia económica⁹², tras la reforma del parágrafo 74 de la Ley sobre Organización de los Tribunales (GVG), ya mencionado. Efectivamente, en el marco de un cuadro coordinado de medidas de diversa índole tendentes a combatir el fenómeno de la delincuencia económica se ha llegado a una reorganización de la actividad judicial, promoviendo la creación en las Audiencias de Salas específicamente destinadas, casi de forma

⁹⁰Cfr. FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. pág.43. En el mismo sentido, vid. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho penal. (Parte especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.571.

⁹¹BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. pág.74. En el mismo sentido, vid. FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. pág.44.

⁹²Vid. la panorámica general que ofrece TIEDEMANN, K.: **Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato pero il diritto penale e per l'economia**. "Diritto Penale dell'Economia" 1988, págs.22 y siguientes, quien, en su artículo: **Presente y futuro del Derecho penal económico**. en AA.VV.: **Hacia un Derecho penal económico europeo**. cit. pág.40, propone la creación de fiscalías y tribunales especializados en España, órganos "que son ya habituales en varios Estados miembros de la Comunidad Europea".

exclusiva, al conocimiento de delitos económicos⁹³. En dichas Salas actúan jueces y fiscales especializados en delitos de aquella clase, asistidos por peritos versados en temas económicos⁹⁴. La creación de unidades de policía y fiscalías encargadas especialmente de la lucha contra esta criminalidad, procurando a cuantos hayan de intervenir (jueces, fiscales, policías) una formación especializada, es una necesidad sentida también por los Estados miembros del Consejo de Europa⁹⁵. La

⁹³Se trata de las Salas penales económicas especializadas en el órgano jurisdiccional equivalente a nuestras Audiencias provinciales, que deciden sobre las querellas formuladas por las fiscalías especializadas en delitos económicos. En estas fiscalías especializadas colaboran, al lado de los fiscales, funcionarios expertos en ciencias económicas y empresariales ("relatores económicos"), de forma que los fiscales no están limitados a los dictámenes periciales externos o de las partes. También los jueces de las Salas penales económicas pueden prescindir de la ayuda de peritos externos siempre que por sí mismos tengan experiencia o estén instruidos en asuntos económicos, particularmente en el campo de la contabilidad y de los balances. Cfr. TIEDEMANN: **Lecciones de Derecho Penal Económico**. cit. pág.28. Como indica el mismo autor, este modelo alemán ha sido seguido por varios países europeos, resaltando por su interés la experiencia francesa. En efecto, en Francia se trató en principio de limitar la especialización a la fiscalía, si bien pronto se puso de manifiesto que de nada sirve tal especialización en la persecución penal si después el juez entiende poco de los problemas propios de estos asuntos. El resultado ha sido que hoy también los jueces penales franceses, al menos en las grandes ciudades, son jueces especializados.

⁹⁴Cfr. FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. pág.80. En palabras de RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**. cit. pág.691, la delincuencia societaria "es difícil de perseguir porque se produce normalmente con la colaboración de expertos que de modo deliberado y programado procuran dar a los hechos apariencia de legalidad. De ahí que el Juez debe contar también con el concurso permanente de equipos especializados, como ya acontece en otros países de nuestro círculo de cultura".

⁹⁵Vid. Recomendación núm. R 81 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 25 de junio de 1981. Desde el punto de vista del Derecho procesal penal el Consejo de Europa apunta, con el fin de hacer posible una justicia penal rápida y eficaz para el campo general de la criminalidad económica, según HERRERO HERRERO, C.: **Los delitos económicos. Perspectiva**

adopción de tales medidas en España podría contribuir a mejorar la situación actual⁹⁶, "porque malas son las lagunas legales, pero peor es aún para el prestigio de la justicia poner en manos de los jueces leyes que, por falta de medios, no pueden aplicar"⁹⁷.

Ahora bien, en España está vedada la creación de jurisdicciones especiales, a tenor de la cláusula contenida en el apartado V del artículo 117 de nuestra Carta Fundamental, y el principio de exclusividad jurisdiccional del apartado III del mismo precepto. Sí sería factible, en cambio, la creación de un nuevo orden jurisdiccional económico, que en materia punitiva conociera de los delitos y faltas de esa naturaleza, y en materia contencioso-administrativa de la impugnación de los actos y disposiciones con rango inferior a la ley emanadas de la Administración autonómica. Esta opción supondría modificar la LOPJ, creando un nuevo organigrama judicial, así como la dotación de una amplia infraestructura. Implicaría un desembolso económico de gran magnitud, que en la situación actual no parece operativo ni probable⁹⁸.

Mucho más útil es la posibilidad de que jueces y magistrados

jurídica y criminológica. Madrid, 1992, pág.112, a medidas como:

- Proporcionar la formación especializada de los jueces que vayan a entender de esa delincuencia.
- Revisar las reglas referentes al secreto que ha de ser observado en ciertas profesiones, como la de los banqueros.
- Permitir, e incluso estimular, la puesta a disposición de las autoridades penales de las informaciones necesarias para el proceso penal y poseídas por otras autoridades públicas.

⁹⁶Cfr. TIEDEMANN: *Presente y futuro del Derecho penal económico*. cit. pág.40.

⁹⁷RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.691.

⁹⁸Cfr. GARBERI LLOBREGAT, J.: *La Audiencia Nacional y el enjuiciamiento de los delitos económicos*. en ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN: *Estudios de Derecho penal económico*. cit. págs.209 y siguiente.

especializados en la materia accedan a sus cargos tras superar pruebas selectivas en las que se exijan los conocimientos necesarios para afrontar eficazmente el enjuiciamiento de los delitos económicos.

Por último, es también imprescindible otorgar al Juez la facultad de proceder de oficio cuando se trata de enjuiciar delitos societarios⁹⁹. La importancia del bien jurídico penalmente protegido y de los intereses subyacentes exige que la persecución del delito no se vea mediatizada por el cumplimiento del requisito de una especial excitación por parte del Ministerio Fiscal o de los particulares, sobre todo en atención a la volatilización de la condición de víctima que caracteriza a este tipo de delitos en algunas de sus manifestaciones, como señalaremos en el siguiente apartado. Ello no obsta a que se autorice a las víctimas a presentar ellas mismas su causa, o se les facilite el ejercicio de la acción, permitiendo que las asociaciones de víctimas puedan ser parte en los procesos penales¹⁰⁰.

2. 3. 2. 5. Las víctimas de la delincuencia societaria.

La actitud de las víctimas es otro factor coadyuvante en la ineficaz represión de las conductas anómalas en el ámbito societario.

El objetivo principal perseguido por las víctimas de la delincuencia societaria no es tanto conseguir que el delincuente sea castigado como recobrar las cantidades perdidas

⁹⁹FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: *Delincuencia y economía*. cit. pág.81. Me extenderé sobre esta cuestión al tratar el tema de la querrela exigida en el PCP de 1994.

¹⁰⁰Cfr. RUIZ VADILLO: *La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor*. cit. pág.28.

y resarcirse del perjuicio patrimonial sufrido, para lo cual prefieren llegar a acuerdos con los culpables sin acudir a la vía traumática de la jurisdicción penal¹⁰¹. Ello si son conscientes de que se han convertido en víctimas, puesto que la complejidad de la conducta lesiva puede impedir su percepción como actuación lesiva de los propios intereses¹⁰²; la disolución del carácter privado e individual de la infracción no contribuye a la concienciación de los perjudicados¹⁰³. La intervención de personas jurídicas despersonaliza la infracción, y el anonimato y distanciamiento entre el delincuente y la víctima (frecuentemente un colectivo anónimo y desorganizado) mitiga el conflicto y la reacción del perjudicado¹⁰⁴. Se debe tener en cuenta, además, que éste se halla frecuentemente en una posición muy difícil frente a la superioridad económica del autor del delito (perteneciente, por ejemplo, a una empresa importante) y la complejidad de las operaciones fraudulentas, que no entiende plenamente¹⁰⁵. Los casos en que la cualidad de víctima está muy extendida, no pudiendo constatarse la existencia de una identificación personal, son frecuentes. Se habla en la doctrina de "crímenes

¹⁰¹Cfr. FERNANDEZ ALBOR/ MARTINEZ PEREZ: **Delincuencia y economía**. cit. pág.43. Las víctimas suelen mostrarse reacias a la denuncia, siendo más proclives al pacto o transacción económica, como señala GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**. cit. pág.179. Confirma esta observación ROXIN: **Política criminal y estructura del delito**. cit. pág.30, al señalar que "la víctima de un delito en muchos hechos no demasiado graves está menos interesada en el castigo estatal del autor que en una reparación".

¹⁰²Cfr. WALKLATE, S.: **Victimology. The victim and the criminal justice process**. London, 1989, pág.85.

¹⁰³Vid. BAJO FERNANDEZ: **La delincuencia económica**. cit. pág.17.

¹⁰⁴Cfr. KAISER: **Criminología**. cit. pág.210; también GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**. cit. pág.178.

¹⁰⁵Cfr. TSITSOURA: **La criminalidad económica. Actividades del Consejo de Europa**. cit. pág.63.

sin víctimas"¹⁰⁶ (*opferverdünnter Delikte*), en aquellos casos en los cuales la víctima ni siquiera tiene conciencia de tal, puesto que el atentado se ha dirigido contra intereses "difusos"¹⁰⁷. Son también numerosos los casos en los que la víctima coopera a su propia victimización¹⁰⁸. En investigaciones realizadas en la antigua RFA se constató que los delincuentes contra víctimas colectivas subrayaban una y otra vez que nadie había resultado perjudicado, y aseguraban que nunca hubiesen perpetrado aquel delito contra una víctima individual¹⁰⁹.

Con carácter general puede afirmarse que la labor de lucha en este terreno debe encauzarse a informar a aquellos ciudadanos que se han convertido en víctimas o que previsiblemente pueden llegar a adquirir dicha condición¹¹⁰. Gracias a la información recibida, el ciudadano debe adquirir conciencia de que este tipo de delitos lesiona o pone en peligro el orden económico, entendido éste en un sentido amplio como "regulación jurídica de la producción, distribución y

¹⁰⁶Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Problemas actuales de la Criminología**. cit. pág.178; en el mismo sentido, HASSEMER/MUÑOZ CONDE: **Introducción a la Criminología**. cit. pág.31.

¹⁰⁷De la constatación de que no existe una víctima claramente definida en muchos casos concretos no cabe deducir que no existe razón para criminalizar la conducta. Vid. en el sentido de señalar el peligro de caracterizar el crimen económico como un "crimen sin víctima o como un crimen con una víctima de identidad elusiva", RODRIGUEZ MANZANERA, L.: **Victimología. Estudio de la víctima**. 2. ed. México, 1990, págs.71 y siguiente.

¹⁰⁸Cfr. BARBERO SANTOS, M.: **Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos**. en AA.VV.: **La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales**. Madrid, 1982, pág.157. En tales casos, la víctima frecuentemente no quiere admitir el hecho deshonesto de haber sido engañada por el delincuente societario.

¹⁰⁹Cfr. GÖPPINGER: **Criminología**. cit. pág.373.

¹¹⁰Cfr. ROXIN, C./ ARZT, G./ TIEDEMANN, K.: **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. Barcelona, 1989, pág.121.

consumo de bienes y servicios"¹¹¹. Por ello, no sólo las víctimas directamente perjudicadas en sus patrimonios individuales, sino también los terceros deben colaborar activamente en la lucha contra esta forma de criminalidad económica, denunciando las actividades ilícitas constitutivas de delito.

¹¹¹BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.563.

CAPITULO TERCERO

3. LA CRIMINALIZACION DEL ILICITO SOCIETARIO. PRESUPUESTOS POLITICO-CRIMINALES.

3. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

Tras esta sucinta exposición en torno a la criminalidad económica y societaria se está en condiciones de abordar el problema de la criminalización de determinadas conductas delictivas cometidas en el ámbito de las sociedades mercantiles; o, dicho con mayor concreción, la cuestión acerca de si la importancia y la necesidad de tutela del bien jurídico hacen aconsejable en el momento actual recurrir al Derecho penal con el objeto de combatir de forma más eficaz conductas harto frecuentes en la gestión de las sociedades mercantiles.

Adelantemos que los diversos intereses que se mueven en torno a las sociedades mercantiles merecen una enérgica tutela por parte del legislador. Al margen de las medidas de carácter no penal que pudieran adoptarse en esta materia de cara a garantizar una mejor protección, la criminalización de ciertos

comportamientos ilícitos resulta político-criminalmente acertada y valorativamente necesaria, como trataré de demostrar en las páginas que siguen.

La adhesión de España a las Comunidades europeas supuso una verdadera transferencia de determinadas prerrogativas en los ámbitos legislativo, administrativo y jurisdiccional, de forma que el Estado español acepta la inserción de los actos de las Instituciones comunitarias en su Ordenamiento interno, alterando los procedimientos habituales de recepción de los actos de las Organizaciones internacionales. El Derecho comunitario derivado se introduce automáticamente en el Derecho interno, conservando su naturaleza y efectos propios, de modo que se aplica directamente si tiene efecto directo, prevalece sobre toda norma jurídica interna, se somete a un único y exclusivo control jurisdiccional en cuanto a su validez e interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y se publica solamente en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE). Los efectos que se derivan para el Derecho penal de la adhesión de España a las Comunidades europeas merecen un atento estudio, con el fin de calibrar la incidencia del Derecho comunitario sobre el sector penal del Ordenamiento jurídico en general, y sobre la criminalización de los delitos societarios en particular.

Por otra parte, una vez realizada la labor que hemos apuntado con respecto al Derecho comunitario, es conveniente analizar algunos Ordenamientos jurídicos europeos que han optado por reprimir criminalmente la delincuencia societaria y, asimismo, hacer referencia a las repercusiones que en esta materia se derivan de la Constitución española de 1978. Ello permitirá un mayor rigor en el análisis de la criminalización de los delitos societarios, así como una más correcta valoración de los diferentes Proyectos de Código penal que han tratado el tema.

3. 2. ¿HACIA UN DERECHO PENAL EUROPEO DE SOCIEDADES?. DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES Y DERECHO PENAL.

La adhesión de España a las Comunidades europeas ha supuesto, si bien de forma más sutil que en otras áreas del Ordenamiento jurídico, una cierta influencia de la legislación comunitaria de sociedades sobre el Derecho penal. Pero ¿existe un Derecho penal comunitario de sociedades?¹¹². A la respuesta a esta pregunta y al análisis de la influencia comunitaria sobre el Derecho penal español he dedicado un trabajo al que haré las oportunas referencias¹¹³. Aquí se trata únicamente de calibrar la influencia que el legislador comunitario puede

¹¹²En otros países europeos, la incidencia del Derecho comunitario sobre los distintos sistemas jurídico-penales nacionales ha sido objeto de numerosos análisis y debates que sólo ahora empiezan a tener su reflejo en España. Sobre el tema pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos en lengua italiana: PEDRAZZI, C.: *Il diritto penale delle società nella prospettiva comunitaria*. "Riv. Soc." 1973, pág.1046; RIZ, R.: *Diritto penale e Diritto comunitario*. Padova, 1984; GRASSO, G.: *Comunità europee e Diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*. Milano, 1989; del mismo autor: *Le disposizioni penali nella normativa di attuazione della II Direttiva*. "Le Società" 11958, núm.8, pág.858; CARUSO, F.: *Prospettive di diritto comunitario*. En DI AMATO: *Trattato di Diritto penale dell'impresa*. Vol. I. I principi generali. Padova, 1990. En lengua española, por todos, PORTERO GARCIA, L.: *Caracteres del Derecho Penal Comunitario*. "PJ" núm.11, 1984, pág.142; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit.; MESTRE DELGADO, E.: *El Derecho penal de la Unidad europea*. En AA.VV.: *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-homenaje a Antonio Beristain*. San Sebastián, 1989, pág.575; RUIZ VADILLO, E.: *¿Es posible la unificación del Derecho penal europeo?* "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid" núm.3, 1991; CUERDA RIEZU, A.: *¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?*. en AA.VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. cit. págs.621 y siguientes; FERRE OLIVE, J. C.: *Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas*. "CPC" núm.48, 1992, pág.811; TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa*. Madrid, 1995, págs.18 y siguientes; TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. *passim*.

¹¹³Vid. FARALDO CABANA, P.: *Derecho comunitario de sociedades y Derecho penal*. "Revista Xurídica Galega" núm.6, 1994, *passim*.

ejercer sobre el español en cuanto se refiera a la criminalización de ciertas conductas ilícitas cometidas por los administradores o los socios en el ámbito de las sociedades mercantiles.

El Derecho penal continúa siendo competencia exclusiva de los Estados miembros y no de las Comunidades europeas. En la situación actual no se pasa del compromiso de adopción de sanciones, sin predeterminar su naturaleza¹¹⁴. Y es que la Comunidad europea no puede constreñir a un Estado para que establezca una incriminación penal determinada, puesto que la elección de la clase de intervención adecuada sigue perteneciendo a cada Estado miembro¹¹⁵.

En el marco estrictamente societario debe destacarse el intento concretado en la Propuesta del Consejo, de 30 de junio de 1970, según la cual los Estados miembros debían introducir en su Derecho interno sanciones penales adecuadas y uniformes frente a quien, en su calidad de miembro del comité de dirección, del consejo de vigilancia o de otro órgano directivo de una sociedad fundadora, suministrar dolosamente, en la relación sobre la constitución o en sus informes, indicaciones falsas u omitiere circunstancias relevantes sobre el montante del capital, su valor nominal o el número de acciones, la valoración y origen de las aportaciones *in natura*, los gastos de constitución y las ventajas concedidas a quienes participaron en la constitución; frente a quien, en su calidad de miembro del comité de dirección o del consejo de vigilancia de una sociedad europea, suministrar dolosamente indicaciones falsas u omitiere circunstancias relevantes a efectos del registro de la sociedad o de aumento o reducción de su capital; frente a quien dolosamente emitiera acciones antes de haberse

¹¹⁴Cfr. FARALDO CABANA: *Derecho comunitario de sociedades y Derecho penal*. cit. pág.20.

¹¹⁵Cfr. FARALDO CABANA: *Derecho comunitario de sociedades y Derecho penal*. cit. pág.12.

desembolsado íntegramente el importe nominal; frente a quien en el ejercicio del derecho de voto en una asamblea general, se sirviese dolosamente de acciones ajenas que se hubiere procurado con ese fin acordando o prometiendo ventajas particulares, o bien cediese a otros acciones con el mismo fin, a cambio o previa promesa de ventajas particulares; frente a quien, en su calidad de miembro del comité de dirección o del consejo de vigilancia, suministrarle dolosamente indicaciones falsas u omitiere circunstancias relevantes en las cuentas anuales, en las cuentas anuales consolidadas parciales, en la relación de gestión o en la relación de gestión consolidada parcial; frente a quien en la misma calidad permitiere, mediante acciones u omisiones dolosas, auditorías fundadas en datos falsos o incompletos; frente a quien, en su calidad de auditor de cuentas, redactare dolosamente una relación de revisión falsa o incompleta; y frente a quien dolosamente omitiere el cumplimiento de las formalidades, la petición de modificaciones o la realización de las declaraciones previstas en el artículo 82 del presente Estatuto¹¹⁶.

Esta Propuesta no llegó a ser aceptada. En la normativa vigente, como he señalado, el legislador comunitario se limita a comprometer a los Estados miembros para que adopten sanciones, sin predeterminar su naturaleza. Así, la Primera Directiva comunitaria sobre sociedades, de 9 marzo 1968, dispone en su artículo 6 que "los Estados miembros impondrán sanciones apropiadas en los casos de falta de publicidad del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, o de ausencia, en los documentos comerciales, de las indicaciones obligatorias mencionadas en el artículo 4". De forma semejante, el artículo 51. 3 de la Cuarta Directiva, de 25 julio 1979, sobre el régimen de las cuentas anuales de sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada, prevé

¹¹⁶NUVOLONE, P.: *Relazione introduttiva*. en NUVOLONE: *Il diritto penale delle società commerciali*. cit. págs.19 y siguiente.

que "los Estados miembros introducirán en la legislación sanciones apropiadas para el caso de que las cuentas anuales o el informe de gestión de las sociedades no se establecieran de conformidad con la presente Directiva". En otros casos, el legislador comunitario ha determinado de forma más precisa el contenido de la prohibición y el círculo de autores. Por ejemplo, el artículo 2 de las Directivas 89/592/CEE, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada, y 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que señalan que los Estados miembros velarán para que tanto el uso de información reservada en el mercado de valores como el blanqueo de dinero queden prohibidos, lo cual significa que únicamente queda sin determinar la sanción¹¹⁷. Como vemos, se habla de sanciones apropiadas, no necesariamente penales¹¹⁸.

Ahora bien, donde sí se manifiesta una fuerte influencia del Derecho comunitario es en el momento de determinar los intereses dignos de protección en el ámbito de las sociedades mercantiles. Más adelante tendremos ocasión de comprobar la extraordinaria importancia que el Derecho comunitario otorga tanto a la veracidad en las informaciones sociales como a la tutela del capital social, dato que indudablemente se ha de tener en cuenta a la hora de analizar la entidad del bien jurídico protegido. La demanda, sentida y manifestada a nivel comunitario, de una tutela jurídica más intensa, o la configuración de una protección antes inexistente, a intereses como los apuntados tendrá indudable relevancia a la hora de

¹¹⁷Cfr. TIEDEMANN, K.: El Derecho penal económico en la Comunidad europea. en ARROYO ZAPATERO/ TIEDEMANN (eds.): Estudios de Derecho Penal Económico. cit. pág.242.

¹¹⁸Cfr. PEDRAZZI: Il diritto penale delle società nella prospettiva comunitaria. cit. pág.1048. También TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. págs.25 y siguientes.

determinar los intereses dignos de protección penal¹¹⁹.

Las Comunidades europeas, siguiendo las directrices marcadas en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, han creado en cumplimiento de sus finalidades, y especialmente en pro del establecimiento de un mercado común, un importante Ordenamiento que incide de manera fundamental sobre el Derecho mercantil y sobre el Derecho de sociedades. El Derecho comunitario deja de ser un modelo de Derecho comparado para convertirse en un factor dinámico de configuración necesaria de nuestro propio Ordenamiento, en el cual viene a dar respuesta a las aspiraciones del mundo jurídico y empresarial empeñado en la modernización de la estructura organizativa y de la dimensión funcional de las sociedades de capitales¹²⁰. La concepción de las sociedades como "*hortus clausus*", regulado tan sólo por las leyes del mercado y los mecanismos de Derecho civil, es definitivamente superada: la multiplicidad de intereses en juego, pertenecientes a los socios, acreedores y terceros, y la importancia de las reacciones en cadena que se producen a raíz de una crisis empresarial, sobre todo en las grandes sociedades, "demuestran patentemente que no es posible una represión puramente civil de la patología de la empresa"¹²¹.

Esta tendencia comunitaria hacia una intervención más incisiva y penetrante del Derecho sancionador, ya que no expresamente penal, en la actividad económica no es incompatible con el alcance y la función que se asigna a la

¹¹⁹Cfr. GRASSO, G.: *Comunidades europeas y Derecho penal*. Castilla-La Mancha, 1993, pág.56.

¹²⁰Cfr. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L.: *Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales*. en ALONSO UREBA/ CHICO ORTIZ/ LUCAS FERNANDEZ (coords.): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*. Madrid, 1989, pág.55.

¹²¹FLICK, G. M.: *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*. "RIDPP" 1983, pág.437.

sanción penal en un Estado social y democrático de Derecho como el configurado por la Constitución española de 1978¹²².

Por cuanto aquí interesa, y en el marco genérico de la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el adecuado funcionamiento del mercado común¹²³, la Comunidad europea debe coordinar, con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas por los Estados miembros a las sociedades con la finalidad de proteger los intereses de los socios y terceros.

El efecto del Derecho comunitario sobre nuestro Derecho nacional de sociedades se manifiesta con especial intensidad en la aplicación sobre los principios configuradores de la sociedad anónima, que se extienden progresivamente al resto de las sociedades capitalistas. La interpretación de nuestras Leyes debe hacerse de conformidad con las Directivas comunitarias, extrayendo de ellas los principios configuradores. Así, entre otros, el principio de valores contables de inversión o empresa en funcionamiento (Cuarta Directiva), el de independencia del auditor de cuentas (Octava Directiva), el de igualdad de trato a los accionistas que estén en situaciones idénticas (Segunda Directiva), el de protección de los accionistas en la percepción del valor real de sus participaciones (Segunda, Tercera y Sexta Directivas), y quedar al amparo de la repetición de dividendos irregularmente repartidos (Segunda Directiva), el de reconocimiento en todas ellas de la separación de funciones entre los órganos sociales y, en concreto, de la iniciativa empresarial en favor de la Junta general, y de la iniciativa de gestión en favor de los administradores, etc.¹²⁴.

¹²²Vid. *infra*.

¹²³Cfr. artículo 3 h) del Tratado de Roma.

¹²⁴VICENT CHULIA, F.: *La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo*. en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima*. Madrid, 1995, pág.102.

Pasando ya al examen concreto de las novedades aportadas por la adaptación del Derecho español al Derecho comunitario de sociedades, sin perjuicio de ampliar la información en sede de análisis de los intereses en juego, cabe señalar el establecimiento de un capital mínimo, primera novedad obligada por la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 diciembre 1976. La exigencia imperativa de un capital mínimo, debidamente conectada a las normas que garantizan la integridad del capital social y su cobertura por el patrimonio, atiende fundamentalmente a proporcionar a los terceros una garantía cierta sobre la capacidad patrimonial de la sociedad para afrontar los compromisos y obligaciones contraídos en el tráfico económico¹²⁵.

Otra novedad impuesta por la Segunda Directiva 77/91/CEE, entre las garantías exigidas a las legislaciones de los países miembros en cuanto a la integración del capital social en el momento fundacional o en el del aumento de su capital, ha sido la intervención de expertos independientes en la valoración de las aportaciones no dinerarias. A ella unen otras garantías que ya habían sido asumidas por la legislación española de sociedades anterior a 1989, como la exigencia de que las acciones respondan a una efectiva aportación patrimonial susceptible de valoración económica, la prohibición de emitir acciones por debajo de su valor nominal, la garantía de su desembolso parcial (aunque se establece oportunamente la novedad de la verificación del desembolso y la exigencia, ésta sí comunitaria de que el desembolso total de las aportaciones no dinerarias no exceda de un plazo de cinco años), o la autorización por la junta de las adquisiciones onerosas superiores a la décima parte del capital social realizadas por la sociedad en el año siguiente a su constitución.

¹²⁵Cfr. POLO SANCHEZ, E.: La reforma y adaptación de la LSA a las Directivas de la CEE. en AA.VV.: Derecho Mercantil de la CEE. Madrid, 1991, pág.793.

También la regulación sobre las propias acciones es consecuencia de la incorporación de lo dispuesto sobre el tema en la Segunda Directiva.

Con respecto al Derecho contable, la Cuarta Directiva, en relación con la Séptima, ha promovido un movimiento de convergencia entre los distintos ordenamientos contables europeos, en especial entre el modelo anglosajón, profesional, y el continental o legal. El resultado final ha sido la creación de un modelo comunitario mínimo de información o transparencia contable¹²⁶. En síntesis, se ha invertido la relación anteriormente existente entre norma y excepción, dando paso a la implantación con carácter general de un modelo moderno de cuentas anuales, basado en la consecución de la imagen fiel, en su contraste por auditores externos y, en fin, en su publicación. Simultáneamente se arrincona un modelo tradicional de cuentas de objetivos informativos mucho más modestos en calidad y cantidad, cuya verificación se confiaba a sistemas de autocontrol interno de eficacia más que dudosa, y destinadas a mantenerse reservadas¹²⁷.

En resumen, disciplina del capital, de la publicidad y de la gestión son los ejes axilares del Ordenamiento comunitario sobre sociedades, y son también las coordinadas sistemáticas de la reforma del Derecho español de sociedades y del Derecho penal societario.

3. 3. LOS DELITOS SOCIETARIOS EN ALGUNAS LEGISLACIONES EUROPEAS.

¹²⁶Cfr. VICENT CHULIA: La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo. cit. págs.125 y siguiente.

¹²⁷Cfr. CORTES DOMINGUEZ, L. J.: Notas sobre la reforma de la legislación mercantil en materia de sociedades mercantiles. en AA.VV.: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Madrid, 1991, pág.213.

3. 3. 1. Determinaciones previas.

En este apartado se pretende únicamente señalar las tendencias generales más significativas que se vienen observando en el Derecho comparado, puesto que el análisis de los aspectos concretos se realiza al hilo del estudio de los temas generales. Nos ha parecido preferible indicar aquí únicamente la dirección general a que apunta la legislación comparada.

El estudio que a continuación se aborda se centra en las legislaciones italiana y alemana. Es obvio, y por ello no merece siquiera justificación, el interés que dichos Ordenamientos presentan como punto de referencia para el nuestro, así como campo de pruebas en el que poder contrastar la efectividad de las diferentes soluciones adoptadas.

Como avance cabe señalar que mientras en el Derecho alemán se constata una progresiva reducción del número de ilícitos penales en materia societaria, la regulación italiana ha oscilado entre la penalización y la depenalización de numerosos supuestos, si bien manteniendo en todo momento un núcleo básico de conductas delictivas. La constante intervención del legislador en el ámbito del Derecho penal societario se explica, en buena medida, por las importantes innovaciones y el cambio continuo a que se ha visto sometido el Derecho societario a partir de los años sesenta¹²⁸.

3. 3. 2. Italia.

¹²⁸Cfr. MARINUCCI, G.: *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*. "RIDPP" 1988 I, pág.428; MAZZACUVA, N. en MAZZACUVA, N. (a cura di): *I reati societari*. Milano, 1992, pág.5.

El Derecho penal societario italiano se ha venido orientando progresivamente hacia la tutela de intereses generales. Esta tendencia explica la constante producción de normas que han integrado y modificado la disciplina inicialmente prevista en el Código de comercio y después trasladada al Código civil.

En cuanto a esta primera disciplina de los delitos societarios en el Código de comercio de 1882, cabe señalar la mayor atención dirigida por el legislador a la necesidad de garantizar la corrección de la fase de constitución de la sociedad mercantil. Numerosos y muy detallados preceptos sancionaban los ilícitos cometidos durante dicha fase, reprimiendo la simulación de suscripciones y de aportaciones. Otras disposiciones pretendían tutelar el interés de los acreedores impidiendo el engaño acerca de la verdadera situación patrimonial de la sociedad, sea porque su constitución no fuera seria desde el primer momento sea porque pérdidas sobrevenidas en un momento posterior hubieran reducido o absorbido el capital inicial efectivamente aportado¹²⁹. En este ámbito de tutela se sitúan también las diversas hipótesis de falsedades en los informes presentados por los administradores a la Junta general, en el balance, en orden al valor de las acciones, así como los tipos de distribución ilegal de dividendos.

El tratamiento sancionatorio de los delitos societarios en el Código de comercio de 1882 era bastante indulgente: sólo se preveía una pena privativa de libertad para el delito de fraude en la constitución de la sociedad, mientras que para los demás delitos, entre ellos el de falsas comunicaciones sociales, estaban previstas sanciones meramente pecuniarias.

¹²⁹Cfr. MAZZACUVA en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. 1992, cit. pág.18.

Después de diversas peripecias legislativas¹³⁰, se decide el traslado del Derecho penal societario al Código civil de 1942, como apéndice de la regulación de las sociedades mercantiles que allí aparece. Las normas penales relativas a las sociedades mercantiles se contienen a partir de dicho momento en el Libro V del Código civil, concretamente en el Título XI "*Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*"¹³¹. Sobre este núcleo normativo el legislador ha

¹³⁰Vid. ampliamente MAZZACUVA en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. 1992, cit. págs.19 y siguientes.

¹³¹Vid. PEDRAZZI, C.: *L'evoluzione del diritto penale economico*. en AA.VV.: *Studi in onore di Giuliano Vassalli*. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Vol. I. Milano, 1991, pág.613. Puntualiza este autor que la colocación señalada se debe a la íntima conexión de la materia con las normas de Derecho privado, "*logicamente pregiudiziali*".

En el Ordenamiento italiano las primeras disposiciones referentes a las sociedades aparecen en el Código de comercio de 1882 (artículos 246 a 250 y 863). En él se preveía la imposición de pena privativa de libertad para las falsas comunicaciones sociales en las sociedades por acciones, mientras que para los delitos de falsas comunicaciones sociales en general y distribución de beneficios falsos únicamente se imponía una pena pecuniaria. Los compiladores del Código de comercio se propusieron, en fin, limitar la incriminación a los casos en los que se reputaba insuficiente el recurso a las sanciones civiles. Cfr. CONTI, L.: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. en SCIALOJA-BRANCA (dir.): *Commentario del Codice Civile*. Libro Quinto. 3. ed. Bologna/Roma, 1988, pág.1.

Con posterioridad aparece el Decreto-ley de 30 octubre 1930, núm.1459, concerniente a las "*disposizioni penali in materia di società commerciali*". En la Relación ministerial, publicada en "*Le leggi*", 1931, I, págs.965 y siguientes, se exponen los motivos de la urgencia en la promulgación del Decreto-ley: se va desde la exigencia general de poner el Ordenamiento italiano a la altura de otras experiencias normativas a otras razones más específicas. "*Una esperienza di ormai quasi un cinquantennio ha dimostrato l'assoluta insufficienza delle sanzioni penali ora in vigore per la azioni delittuose di coloro che hanno nelle proprie mani il delicatissimo meccanismo delle società commerciali. Fatti gravissimi, generatori di danni ingenti per numerose cerchie di cittadini e capaci di turbare profondamente la compagine economica della Nazione sono puniti con semplici pene pecuniarie, di tenuissima entità*". Se señala explícitamente la necesidad de adecuar el Derecho penal de las sociedades mercantiles no tanto a la protección de intereses individuales de los socios, de los acreedores o de la misma sociedad (como ente "individual"), como a la tutela

intervenido en repetidas ocasiones¹³².

Globalmente, la originaria formulación normativa prevista

de intereses públicos fundamentales. La misma Relación ministerial sostiene de forma elocuente la necesidad de tomar en consideración el fenómeno económico "dal punto di vista nazionale: le società per azioni assorbono il risparmio nazionale e quelli che dirigono le società amministrano non tanto capitali appartenenti a un numero più o meno limitato di individui singoli, quanto un capitale della Nazione. Le malversazioni e le dispersioni dei capitali delle società sono dispersioni di ricchezza nazionale, che colpiscono direttamente la forza economica della nazione e quindi la sua potenza: considerata sotto questo aspetto, che è essenziale, l'entità dei fatti delittuosi da reprimere si manifesta molto diversamente da quella che poteva apparire ai redattori del codice ed esige rigida repressione nell'interesse non tanto dei singoli, quanto di quello della difesa della stessa economia nazionale". Consecuentemente con el punto de vista adoptado, se observa un recrudecimiento de las sanciones: se prevé privación de libertad de tres a diez años para los delitos más graves (falsas comunicaciones sociales, reparto ilegal de dividendos), concurrente con la pena de multa en todos los casos, con la salvedad del delito de divulgación de informaciones sociales reservadas, en el cual se prevé como alternativa; el ilícito administrativo, sancionado con multa, asume un papel marginal.

Esta regulación se manifestó totalmente ineficaz en la práctica, como resulta claramente de la ausencia de decisiones en la materia en los repertorios jurisprudenciales de aquel periodo. Cfr. CRESPI, A.: *Rasegna di giurisprudenza sulle disposizioni penali in materia di società e consorzi*. "Riv. delle Soc." 1957, pág.836. Sobre las razones explicativas de esta situación, vid. MAZZACUVA, N.: *Problemi attuali di Diritto penale societario. La tutela penal dell'informazione societaria*. Milano, 1985, págs.22 y siguientes.

¹³²Nos referimos, principalmente, a la Legge 7.6.'74 n.216, *Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 8 aprile 1974, recante disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari*; al D.P.R. 31.3.'75 n.136, *Attuazione della delega di cui all'art.2, lettera a), della legge 7 giugno 1974, n.216, concernente il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle società per azioni quotate in borsa*; a la Legge 23.2.'83 n.77, *Istituzione e disciplina dei fondi comuni d'investimento mobiliare*; al D.P.R. 10.2.'86 n.30, *Modificazioni alla disciplina delle società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperative, in attuazione della direttiva del Consiglio delle Comunità europees n.77/ 91 del 13 dicembre 1976, ai sensi della legge 8 agosto 1985 n.412, etc.*

en el Código civil manifestaba la voluntad de tutela del buen funcionamiento de las sociedades. La normativa penal daba la impresión de tutelar la sociedad mercantil por sí misma, reprimiendo los comportamientos ilícitos que podrían turbar su buen funcionamiento¹³³. Se trataba de preceptos penales con una función meramente sancionadora de las normas mercantiles reguladoras de la gestión social¹³⁴. La atención del legislador se dirigía también a los ilícitos de menor entidad, sancionando simples irregularidades formales. En este contexto normativo la previsión más problemática resultaba ser la punición de las falsas comunicaciones sociales, puesto que, por un lado, no se correspondía con normas precisas de gestión y, por otro, desbordaba el marco de las relaciones internas de la sociedad mercantil.

La normativa penal de sociedades se ha volcado a lo largo de los últimos años en la tutela de la transparencia de la gestión social. La referencia a la transparencia aparece hoy en día como la clave del análisis de esta legislación, siendo imprescindible para analizar el objeto de tutela. La *Legge* núm.216, de 7 junio 1974, ha creado la Comisión nacional para la sociedad y la bolsa (CONSOB), con competencias de control sobre las sociedades que cotizan sus acciones en Bolsa y sobre el funcionamiento de las Bolsas de valores. El control sobre las sociedades se articula en dos vertientes: inspección directa de los datos y documentos que éstas deben aportar y sanciones penales en los casos de comportamientos que dificulten o impidan ejercer el control. Se pretende una suerte de "moralización" de la vida de las sociedades por acciones, evitando situaciones que causen confusión o falsas impresiones en los observadores externos.

¹³³De esta tendencia es exponente la introducción de una circunstancia agravante general en los casos en que se causara un daño de considerable entidad a la sociedad mercantil, y no ya a la economía nacional.

¹³⁴Vid. PEDRAZZI: *L'evoluzione del diritto penale economico*. cit. pág.613.

La mencionada Ley núm.216, de 7 junio 1974, se caracterizó por la preponderancia de ilícitos contravencionales¹³⁵, siendo completada por las disposiciones de los artículos 14 a 17 del d.p.r. núm.136, de 31 marzo 1975, referente a los sujetos que actúan en el ámbito de las sociedades de revisión¹³⁶. Apenas año y medio más tarde, la Ley núm.706, de 24 de diciembre de 1975, despenaliza los ilícitos contravencionales que acababan de ser introducidos por la Ley de 1974¹³⁷, manifestando un cambio en la línea político-criminal seguida hasta entonces por el legislador. De los ilícitos contravencionales sólo quedan dos figuras, las falsas comunicaciones sociales en materia de participaciones sociales (artículo 5, apartado sexto, de la Ley núm.216, 7 junio 1974) y las declaraciones o comunicaciones falsas por parte de los administradores sobre sus participaciones en la sociedad o sobre las compensaciones percibidas (artículo 17, último apartado, del texto legal citado). El mismo texto crea también las sociedades de revisión, para "*il controllo della regolare tenuta della contabilità sociale, della corrispondenza del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite alle risultanze delle scritture contabili e dell'osservanza delle norme... per la valutazione del patrimonio sociale*" de las sociedades con cotización en Bolsa. Como hemos adelantado, la obligación de consentir el control, así como los deberes de quienes deben ejercer dicho control, se hallan penalmente sancionados¹³⁸.

¹³⁵ROMANO, M.: *Osservazioni generali sulle nuove norme di diritto penale societario*. "Giur. comm." 1975, I, pág.7.

¹³⁶Cfr. CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. pág.2.

¹³⁷Las contravenciones despenalizadas fueron las sancionadas con pena pecuniaria, las cuales estaban ya sujetas a una cierta despenalización de hecho. Vid. MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. pág.29. En el mismo sentido, vid. CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. pág.2.

¹³⁸Cfr. PATERNITI, C.: *Diritto penale dell'Economia*. Torino, 1988, pág.161.

La cuestión concerniente al empleo de ilícitos contravencionales en materia societaria no se resolvió, sin embargo, con nitidez, como demostraron los trabajos preparatorios de la Ley núm.689, de 24 noviembre 1981¹³⁹. Actualmente parece afirmarse la tendencia a reacomodar en el sistema penal societario algunas viejas figuras contravencionales, como la obstaculación al ejercicio de las funciones de la CONSOB. En este contexto cabe situar las recientes intervenciones legislativas, que han acentuado la "inversión" de la tendencia, confiriendo más importancia a los ilícitos contravencionales¹⁴⁰.

La atención particular prestada a las sociedades por acciones es sintomática de los intereses que aparecen como preeminentes en materia societaria. Estas sociedades tienen una notable penetración entre el público, facilitada por el fraccionamiento del capital en acciones y por la posibilidad de una rápida transferencia de las mismas. Se quiere garantizar un nivel mínimo de corrección en la gestión social, por otra parte difícilmente controlable por los socios o por terceros. La tutela, por tanto, concierne a intereses generales. En este sentido, la creciente difusión del fenómeno societario ha tenido no poco peso en la óptica asumida por la intervención normativa¹⁴¹.

Esta forma de tutela se realiza imponiendo controles sobre la actividad social: modalidades de gestión que permiten la transparencia de la actividad social y obligaciones de información a cargo de los administradores. Las normas penales

¹³⁹Esta Ley vuelve a penalizar ciertos supuestos en los artículos 49 a 52, si bien se mantiene la despenalización de las hipótesis de los artículos 2626, 2627, 2634 y 2635 del Código civil.

¹⁴⁰Cfr. MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.29 y siguientes.

¹⁴¹Cfr. PATERNITI: *Diritto Penale dell'Economia*. cit. pág.157.

tienen como destinatarios a los administradores (en sentido amplio) de la sociedad y a aquellos sujetos que han sido colocados institucionalmente en situaciones de vigilancia. Nos encontramos ante delitos especiales en sentido estricto en la mayor parte de los casos.

Ahora bien, la impresión general que ofrece el Derecho penal italiano en materia de delitos societarios es la de una actividad legislativa a menudo poco coordinada, sujeta a frecuentes cambios de orientación y caracterizada por establecer sanciones penales a preceptos civiles sin tratar de acomodarlos a los principios fundamentales del Derecho penal¹⁴².

3. 3. 3. Alemania.

Ya desde el momento inicial, el Derecho penal societario se concibió en el Ordenamiento jurídico alemán como inevitable apéndice de la regulación mercantil sobre sociedades¹⁴³. La primera regulación alemana sobre los delitos societarios se contiene en el Código de comercio (*Handelgesetzbuch*, HGB) de 1884. El propósito principal de esta primera intervención normativa era la salvaguardia de la integridad del patrimonio social, considerado como bien común de los socios y como garantía de la satisfacción de los acreedores; de esta manera, se sancionaba la inobservancia de las normas en materia de constitución y funcionamiento de la sociedad mercantil, con el

¹⁴²Cfr. CONTI: Disposizioni penali in materia di società e di consorzi. cit. pág.3.

¹⁴³Vid. por todos, en la literatura alemana de aquel momento, HIRSCH: Das Sonderstrafrecht der handelsrechtlichen Gesellschaften. München, 1907, pág.8; KATZ, E.: Die strafrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches. Mit Kommentar in Anmerkungen vor E. Katz. 2. Aufl. Berlin, 1902, pág.12.

fin tanto de asegurar la consistencia inicial del patrimonio social como de preservarlo frente a posibles conductas fraudulentas de los administradores. Asimismo, cabe señalar que la atención del legislador se dirigía con mayor intensidad a garantizar los intereses de los socios y de la propia sociedad mercantil que los de acreedores o terceros, igualmente interesados en el correcto funcionamiento del ente societario.

Constituye un ejemplo de las líneas maestras que he apuntado la importancia originariamente atribuida en el Ordenamiento alemán al delito de "perjuicio de la sociedad", previsto en el parágrafo 249 del Código de comercio de 1884¹⁴⁴. Este precepto sancionaba a los miembros de los consejos de vigilancia y administración de la sociedad y a los liquidadores que "actúan dolosamente en perjuicio de la sociedad", tratando de ofrecer una tutela penal reforzada con respecto al delito de infidelidad patrimonial (*Untreue*) previsto en el parágrafo 266 StGB, que en aquel momento se juzgaba idóneo únicamente para reprimir las infidelidades de carácter estrictamente "patrimonial", pero no cualquier acto perjudicial para la sociedad. Siempre con el fin de tutelar los intereses de los socios y de la sociedad, se sancionaban también el delito de creación de mayorías ficticias y varias hipótesis de acciones fraudulentas dirigidas a influir en los negocios de la sociedad, como el delito de "inducción a participar en una iniciativa económica con exposición de hechos no verdaderos".

En un segundo plano se colocaban las normas destinadas a tutelar también los intereses de sujetos "externos" a la sociedad mercantil: en este grupo se comprenden, por ejemplo, la "declaración de datos falsos con ocasión de la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil" o la "falsa representación del estado de las relaciones sociales". Esta última figura delictiva, cuya redacción procedía de la

¹⁴⁴Cfr. MAZZACUVA en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. 1992, cit. pág.12.

"Aktiennovelle" de 11 junio 1870¹⁴⁵, se formulaba en unos términos que posteriormente se han convertido en característicos del modelo alemán en el tema de las falsas comunicaciones sociales: se sanciona la conducta consistente en "exponer falsamente o disimular" la situación patrimonial de la sociedad sin incluir en el tipo ningún elemento subjetivo del injusto.

Después de la inflación legislativa producida en materia económica durante las dos guerras mundiales, la Ley de 26 de julio de 1949, para la simplificación del derecho penal en el campo de la economía (*Wirtschaftsstrafgesetz*), ofrece en nuestro siglo la primera codificación de carácter amplio en esta materia¹⁴⁶. Contenía, entre otras, las figuras delictivas de incumplimiento de la obligación legal de llevar la contabilidad, y de incumplimiento de las normas sobre suministros, adquisiciones, evaluaciones y declaraciones en materia comercial. Esta ley penal-económica establecía también un derecho procesal propio de las infracciones en materia económica y sanciones peculiares, así como una delimitación entre los delitos económicos y las infracciones en materia económica, basada en la idea de que en un Estado de derecho las penas de carácter criminal únicamente pueden ser impuestas por los Tribunales de justicia, de modo que las autoridades administrativas sólo pueden castigar las infracciones cuyo significado social radica en la lesión de intereses administrativos y que, por esa razón, no son castigadas con una sanción penal sino con una administrativa, generalmente

¹⁴⁵Cfr. MARKER, H. F.: *Bilanzfälschung und Bilanzverschleierung*. Mainz-Kostheim, 1968, pág.5, quien alude además a otros precedentes normativos previstos en las legislaciones de los diferentes *Länder*.

¹⁴⁶Vid. TIEDEMANN: *Il diritto penale dell'economia*. cit. págs.2 y siguiente.

pecuniaria¹⁴⁷.

La normalización de la situación económica se produjo con la Ley para una nueva simplificación del Derecho penal económico, de 9 de julio de 1954, que suprimió numerosas figuras de delitos económicos¹⁴⁸. Posteriormente se promulgaron la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia, de 27 de julio de 1957, reguladora entre otras instituciones de los "carteles", y la Ley de 21 de diciembre de 1962, configurada como ley penal en blanco que venía a reforzar las Reglas para la ordenación del mercado.

¹⁴⁷Cfr. TIEDEMANN, K.: **Delitos contra el orden económico**. En AA.VV: La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales. Madrid, 1984, pág.164. Se introduce así un singular criterio de distinción entre los delitos económicos y las contravenciones administrativas en materia económica (*Ordnungswidrigkeiten*) en el parágrafo 6 de la Ley de 1949: una infracción "constituye delito económico si daña el interés del Estado en la existencia y conservación del orden económico en su conjunto o en sectores singulares, cuando: a) la violación, por su entidad o por sus efectos sea idónea para perjudicar la eficiencia del orden económico tutelado por el estado; b) el agente manifieste con la violación una actitud de desprecio frente al orden económico tutelado por el Estado, en su conjunto o en sectores singulares, en particular cuando haya actuado profesionalmente, persiguiendo el beneficio individual de forma reprobable o sin ningún sentido de la responsabilidad, o bien haya cometido con obstinación violaciones reiteradas".

La utilización de dicha fórmula fue duramente criticada por la doctrina. Vid. del mismo autor: **La recente evoluzione del diritto penale dell'economia in Germania con particolare riferimento al diritto penale delle società commerciali**. en PEDRAZZI, C. y otros: **Comportamenti economici e legislazione penale**. Milano, 1979, págs.110 y siguientes. Se inicia así la escisión del sistema punitivo (no sólo en materia económica) entre ilícitos penales e infracciones administrativas, tendencia que hallará un amplio desarrollo posterior, como veremos.

¹⁴⁸Esta Ley de 1954 contiene un pequeño grupo de diez párrafos que se refieren únicamente a las infracciones en materia de precios y a las transgresiones de las llamadas Leyes de garantía para tiempos de crisis. Nuevamente se manifestaba el talante discriminatorio del legislador en la inclusión, junto a los preceptos penales, de contravenciones administrativas. Cfr. HERRERO HERRERO: **Los delitos económicos**. cit. pág.67.

La figura jurídica de la contravención administrativa protagonizó, por su parte, una "verdadera carrera triunfal"¹⁴⁹. Introducida desde 1952 como medio de despenalización, por cuanto se refiere al Derecho penal societario, logró reducir la aplicación del Derecho penal a los hechos considerados más graves, tendencia que obtiene su consagración definitiva en la Ley de sociedades por acciones, de 6 de septiembre de 1965 (Aktiengesetz, AktG), y en la LSRL (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) tras la reforma introducida por la GmbH-Novelle de 4 de julio de 1980¹⁵⁰.

Con respecto a la Ley de sociedades por acciones (AktG), su propia denominación advierte ya sobre el hecho de que su campo de aplicación no queda limitado a la sociedad anónima en exclusiva, sino que se extiende también a la sociedad comanditaria por acciones, cuya importancia en Alemania no es tan reducida como en España. La AktG aparece preocupada primariamente por consolidar el derecho de información del accionista, intensificando además las obligaciones de publicidad relativas, en particular, a la contabilidad social. Esta preocupación por la veracidad de las informaciones sociales tiene su reflejo en la Parte tercera, "Sanciones penales y administrativas, disposiciones finales", del Libro Quinto, "Disposiciones especiales, penales y finales", de la

¹⁴⁹TIEDEMANN: Delitos contra el orden económico. cit. pág.166. Según ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. cit. pág.97, "puede decirse que las infracciones administrativas constituyen un nivel por debajo del Derecho Penal extraordinariamente importante en la práctica".

En Alemania se suprimieron las faltas penales y se transformaron en contravenciones al orden, castigadas con multa administrativa, resultando una categoría no penal dotada, sin embargo, de todas las garantías jurídicas sustantivas y procesales propias del Derecho Penal.

¹⁵⁰Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4. 7. 1980.

Ley. En efecto, el núcleo fundamental de las conductas consideradas delictivas está constituido por los parágrafos 399, "alegaciones falsas", 400, "alegación inexacta", y 403, "infracción del deber de informar", que sancionan, con diversos matices, la exposición de alegaciones falsas o la omisión de circunstancias relevantes por parte de determinados sujetos obligados por la Ley a documentar verazmente (fundadores, miembros del consejo de administración o del consejo de vigilancia, liquidadores, así como auditores de cuentas y sus auxiliares). Entre las conductas delictivas se sanciona también la infracción de la obligación de guardar el secreto por parte de los sujetos ya mencionados, exceptuando a los fundadores (parágrafo 404). Ya por último, se considera delito la infracción de obligaciones formales en caso de pérdida, endeudamiento excesivo o insolvencia: así, la omisión de convocar a la Junta general e informarle sobre determinadas circunstancias, y de solicitar la iniciación del procedimiento de quiebra o de la suspensión de pagos en caso de insolvencia o endeudamiento excesivo. En cuanto a las contravenciones administrativas, se prevén en los parágrafos 405 y 407, redactados de forma absolutamente casuística. El parágrafo 408 extiende la aplicación de los preceptos anteriores (399 a 407) a las sociedades comanditarias por acciones, señalando que en éstas la referencia a los miembros del consejo de administración se entenderá aplicable a los socios personalmente responsables.

Por su parte, la GmbH-Novelle de 1980, siguiendo el modelo ofrecido por la AktG, introduce en la LSRL (GmbHG), para el ámbito específico de las SRL, los delitos de indicaciones falsas (parágrafo 82)¹⁵¹ y de infracción de la obligación de guardar el secreto (parágrafo 85), cometidos por socios, dueños del negocio, liquidadores, miembros del consejo de vigilancia, etc. También según el modelo de la AktG se considera delito la

¹⁵¹Sobre la ratio de este precepto, vid. KALIGIN, T.: Das neue GmbH-Strafrecht. "NSTZ" 1981, pág.91.

omisión de la notificación de la pérdida de capital social y la omisión de solicitud de apertura del procedimiento de quiebra o de transacción (parágrafo 84). La redacción de los diferentes tipos coincide en general con los previstos en la AktG, con las lógicas diferencias que supone su aplicación a un tipo social diferente.

En 1985, la Bilanzrichtlinien-Gesetz (BiRiLiG)¹⁵² introdujo en el Código de Comercio (HGB) una serie de tipos que reproducen nuevamente los previstos en la AktG, tanto en su estructura general como en sus consecuencias jurídicas, pero que gozan de un ámbito de actuación mayor, siendo además de aplicación preferente tanto frente a éstos como frente a los incluidos en la GmbHG. Así, el parágrafo 331 sanciona las alegaciones incorrectas¹⁵³ y el parágrafo 333 la infracción de la obligación de guardar el secreto, mientras que el 332 castiga la infracción del deber de dictamen por el auditor de cuentas y sus auxiliares.

La extensión del modelo ofrecido por la regulación prevista en la AktG a otras leyes especiales responde a una tendencia general del Derecho alemán: desde comienzos de la década de los años setenta se produce un movimiento partidario de la criminalización, sobre todo en el ámbito económico. A consecuencia de las crecientes críticas al sistema y comportamientos económicos y, en particular, a la conducta de ciertas empresas caracterizada por escándalos económicos de gran alcance, se empieza a exigir una reforma del Derecho penal económico acompañada de la implantación de medidas

¹⁵²Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 19. 12. 1985.

¹⁵³por ejemplo, acerca de las relaciones entre este parágrafo 331 HGB y el parágrafo 82 GmbHG, vid. por todos SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH, A./ HUECK, A.: GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 15. Aufl. München, 1988, Ahn § 82, Rn.1 (pág.1273).

complementarias de reformas en el Derecho mercantil y económico. La creciente complejidad del tráfico económico dió origen a una pluralidad de intereses contrapuestos cuya cobertura y evaluación era poco factible a través de los clásicos tipos de los delitos patrimoniales. Eran casos típicos el aprovechamiento de las ventajas de información por parte de los órganos y socios de las sociedades mercantiles, la delimitación de la infidelidad en el Derecho de sociedades, y particularmente en el caso de sociedades vinculadas y grupos de sociedades, la garantía penal del control estatal sobre las entidades de crédito, etc.

Tras un largo período de gestación, aparece la segunda Ley de Lucha contra la Criminalidad Económica (2. WiKG)¹⁵⁴, de 15 de mayo de 1986, respecto a la cual se denunciaron en su día fuertes presiones por parte del "lobby" económico en la

¹⁵⁴BGBI. I 722.

En 1972 fue creada una Comisión de expertos para la lucha contra la delincuencia económica, a cuya actividad se debió la Primera ley contra la delincuencia económica (*Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*), que entró en vigor en 1976. Dado que el legislador alemán, al renovar el Derecho penal económico material había introducido con anterioridad una especialización de las fiscalías y los tribunales provinciales, procedió entonces a su unificación, exigida por el principio constitucional del juez legal. Al establecer la competencia de las cámaras penales económicas, se vio obligado a fijar qué hechos punibles debían considerarse como delitos económicos. El parágrafo 74 c) inciso primero de la Ley de constitución de tribunales (GVG) recoge, entre otros, los hechos punibles de la Ley de sociedades por acciones, de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, de la Ley de cooperativas y de la Ley sobre exhibición de cuentas de determinadas empresas y consorcios; hechos punibles de la Ley de Bancos, depósitos, bolsas y créditos; adicionalmente, el inciso sexto caracteriza algunos delitos patrimoniales (estafa, defraudación, usura, corrupción) como hechos punibles económicos "en la medida en que para juzgarlos se requieran conocimientos especiales de la vida económica". Cfr. TIEDEMANN, K.: *Economía de mercado y derecho penal*. "Papeles de Economía Española" núm.10, 1982, pág.281. En sentido crítico, vid. KAISER, G.: *La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la RFA*. en BARBERO SANTOS, M. (ed.): *La reforma penal: Delitos socio-económicos*. Madrid, 1985, págs.180 y siguiente.

3.

Comisión Jurídica del "Bundestag"¹⁵⁵. Esta segunda Ley introdujo, por cuanto respecta al Derecho penal societario, un nuevo delito de estafa en la inversión de capital (parágrafo 264 a) StGB), el cual "se revela en el Ordenamiento alemán como un importante instrumento complementario de los tipos penales generales (estafa, infidelidad, etc.) en la tarea de proteger al público inversor frente a los abusos cometidos por los administradores de las sociedades mercantiles"¹⁵⁶. La creación de este delito trataba de responder asimismo a la constatación de la escasa significación práctica de los tipos de falsas informaciones sociales previstos en la legislación mercantil¹⁵⁷, pero parece haber caído en la misma situación de inadecuación a los objetivos pretendidos por el legislador¹⁵⁸.

Por cuanto concierne a la administración social fraudulenta, se optó por derogar los preceptos especiales contenidos en el Derecho de sociedades (por ejemplo, los parágrafos 294 AktG, 81 a GmbHG, 150 AngVersG, 225 AFG¹⁵⁹, 234 ReichsknappschaftsG, 146 GenossenschaftsG¹⁶⁰, 95 BörsG¹⁶¹) a través de la 1. StrRG,

¹⁵⁵Cfr. SCHÜNEMANN: Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. cit. pág.554. KAISER: La lucha contra la criminalidad económica. cit. pág.217, dice expresivamente que "ya en el proyecto quedó totalmente agujereada" la segunda Ley.

¹⁵⁶MARTINEZ PEREZ, C.: El delito societario de administración fraudulenta. "Estudios Penales y Criminológicos" XVII, 1994, pág.292. Vid. también TIEDEMANN: Lecciones de Derecho Penal Económico. cit. pág.47.

¹⁵⁷Cfr. por todos MÖHRENSCHLAGER, M.: Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. "Wistra" 1982, pág.205.

¹⁵⁸Cfr. por todos GALLANDI, V.: § 264a StGB -Der Wirkung nach ein Mißgriff?. "Wistra" 1987, pág.319.

¹⁵⁹Arbeitsförderungsgesetz.

¹⁶⁰Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

de 25 junio 1969, y de la EGStGB, incorporando su ámbito de actuación al parágrafo 266 StGB¹⁶², de forma que éste es el único tipo de administración fraudulenta actualmente vigente; no limita su ámbito de aplicación a la administración de sociedades sino que se extiende a toda administración de patrimonio ajeno¹⁶³. Con ello se ha logrado una importante simplificación en la materia, si bien a costa de cargar de contenido, quizás excesivamente, al parágrafo 266¹⁶⁴. Únicamente permanece en vigor una norma específica en el ámbito de la circulación de títulos valores: la apropiación indebida de depósito (*Depotunterschlagung*), contenida en el artículo 34 de la Ley sobre depósito y adquisición de títulos valores (*DepotG*)¹⁶⁵, que, en opinión doctrinal unánime, se halla en relación de subsidiariedad expresa con respecto al delito de *Untreue*¹⁶⁶.

Como cabe observar, no existe en Alemania una codificación completa del Derecho penal económico como la prevista en los textos pre-legislativos españoles de 1980, 1983, 1992 y 1994.

¹⁶¹Vid. una lista exhaustiva en HÜBNER en AA.VV.: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*. 10. Aufl. 1988, § 266, Rn.116 (págs.488 y siguiente).

¹⁶²Cfr. MAURACH, R./ SCHRÖDER, H./ MAIWALD, M.: *Strafrecht*. BT. 1. 7. Aufl. Heidelberg, 1988, pág.496, Rn.5.

¹⁶³Vid. MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.496, Rn.5.

¹⁶⁴Vid. por ejemplo TIEDEMANN en SCHOLZ: *Kommentar zum GmbH-Gesetz*. II Band. §§ 41-85. *Ahn. Umwandlung und Verschmelzung*. 8. Aufl. 1995, Köln, Vor §§ 82 ff. Rn.11, quien pone en duda que el parágrafo 81 a GmbHG, que recogía una figura de administración fraudulenta únicamente aplicable a las SRL, fuera superfluo.

¹⁶⁵"Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren", BGBI. III, 4130. Sobre este precepto, vid. el comentario ofrecido por MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.286 y siguientes.

¹⁶⁶Vid. por todos HÜBNER: *StGB. LK*. cit. § 266, Rn.114; MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. págs.496, Rn.5, y 509, Rn.58.

Los delitos económicos, y entre ellos los societarios, se encuentran dispersos en el Código penal y en diversas leyes mercantiles (Código de comercio, LSA, LSRL). Un modelo de codificación fue, sin embargo, el ofrecido por los "Delitos contra la economía" del Proyecto alternativo de 1977¹⁶⁷, siguiendo la recomendación de los Juristas Alemanes (en sus XLIX Jornadas) de que, en lo posible, el Derecho penal económico fuese incorporado al Código penal por razones de claridad legal, de pedagogía de la norma y de docencia, más que por razones de eficiencia¹⁶⁸.

3. 4. LA CONSTITUCION ECONOMICA ESPAÑOLA Y LOS ILICITOS SOCIETARIOS.

3. 4. 1. Determinaciones previas.

¹⁶⁷En el Título Segundo, "Hechos punibles contra las empresas", se da acogida a los siguientes tipos: sabotaje económico, revelación de secretos económicos, difamación en el tráfico económico, lesión del derecho de marca de una firma y abuso de facultades sociales. En el Título Tercero, "Hechos punibles contra los medios de pago y la economía crediticia", se tipifican el abuso de cheque, abuso de carta de cheque y de tarjeta de crédito, el abuso de letra de cambio, el engaño en la solicitud de crédito, la exposición de datos incorrectos en prospectos destinados a captar suscriptores de acciones o a la compraventa de participaciones y el asesoramiento incorrecto sobre inversiones. El Título Cuarto aborda los "Hechos punibles bursátiles", concretamente la influencia engañosa en el curso de valores y la utilización abusiva de informaciones por un "insider". El Título Sexto regula los "Hechos punibles en el ámbito de la rendición comercial de cuentas", describiendo las figuras de la exposición incorrecta en balances e informes comerciales, informes incorrectos en comunicaciones comerciales internas y exposiciones incorrectas en informes de verificación.

¹⁶⁸Cfr. HERRERO HERRERO: Los delitos económicos. cit. pág.70. Sobre el concepto de Derecho penal económico adoptado en el Proyecto Alternativo, vid. TIEDEMANN: Il diritto penale dell'economia. cit. pág.5.

Los principios y normas recogidos en el texto constitucional español tienen una indudable relevancia en el desarrollo y la fundamentación misma del Derecho penal, reconocida no sólo por el pre-legislador en repetidas ocasiones¹⁶⁹, sino también por buena parte de la doctrina penal¹⁷⁰. Aquellos preceptos constitucionales que hacen referencia al orden económico se agrupan dentro de lo que se ha venido en llamar la Constitución económica, de imprescindible análisis en orden a concretar los intereses jurídicos y el marco en el que se han de mover los actuales procesos de criminalización¹⁷¹.

La relación del Derecho penal con el Derecho constitucional

¹⁶⁹La Exposición de Motivos del PCP de 1992 señalaba que "la selección de los bienes jurídicos objeto de tutela penal ha partido del marco constitucional de los derechos y libertades fundamentales... El marco constitucional es, pues, una referencia inicial que permite hacer la siguiente y fundamental consideración: que todos y cada uno de los bienes jurídicos que tutela el Código Penal encuentran base constitucional, y, lo que es más importante, que no hay un solo delito en el que no sea dable apreciar la vinculación con un valor constitucionalmente declarado".

¹⁷⁰Vid. por todos, en Italia, ANGIONI, F.: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano, 1983, págs.163 y siguientes; BRICOLA, F.: *Teoria generale del reato*. "Noviss. Dig. It." Torino, 1973, págs.15 y siguiente; FIANDACA, G./MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte generale*. Bologna, 1989, cit. págs.27 y siguientes. En Alemania, por todos, TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. págs.123 y siguientes. En España siguen este planteamiento, entre otros, ALVAREZ GARCIA, F. J.: *Bien jurídico y Constitución*. "CPC" núm.43, 1991, págs.5 y siguientes, y los autores que menciona en nota núm.67; SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. págs.273 y siguientes; VIVES ANTON, T.: *Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*. "CLP" Tomo I. Madrid, 1982, pág.25; y con matices, ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*. 3. ed. Valencia, 1993, cit. págs.48 y siguientes.

¹⁷¹Vid. TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. pág.123.

descansa sobre una triple base¹⁷². En primer lugar, los principios recogidos en la Constitución forman un marco inflexible dentro del cual ha de encuadrarse el ejercicio del "ius puniendi" estatal¹⁷³. Desde una segunda perspectiva, el texto constitucional proclama una serie de valores como fundamentales, que la ley penal ha de tener en cuenta y acoger en el área de su función de tutela frente a determinadas agresiones¹⁷⁴. Un tercer punto de relación se encuentra en los múltiples conceptos que, procedentes del Derecho político y constitucional, el Derecho penal ha incorporado a los tipos.

Con ZUGALDIA cabe afirmar que aunque la Constitución no ofrece "las garantías de seguridad necesarias para erigirse en el instrumento exclusivo para la selección y jerarquización de los valores que el Derecho Penal está llamado a proteger, su

¹⁷²Cfr. SAINZ CANTERO, J. A.: **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. Barcelona, 1990, págs.43 y siguientes.

¹⁷³El Derecho penal español ha de tener en cuenta, entre otros, los siguientes principios recogidos en la Constitución: el de legalidad, que proclama el artículo 9. 3 como garantía jurídica y desarrolla el artículo 25. 1; el de irretroactividad de las leyes sancionadoras no favorables al reo o restrictivas de derechos individuales, recogido también en los artículos 9. 3 y 25. 1; el de igualdad ante la ley, que afirma el artículo 14; el de no utilización de la pena de muerte que, como consecuencia del derecho a la vida, consagra el artículo 15; y el de orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, que señala el artículo 25. 2.

¹⁷⁴Vid. PATALANO, V.: **Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici**. en AA.VV.: **Studi in onore di Giuliano Vassalli**. Vol. I. cit. págs.629 y siguientes; ZUGALDIA ESPINAR: **Fundamentos de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.48 y siguientes.

Naturalmente, la tutela penal de los valores constitucionales no puede consistir en su recepción automática. Como pone de relieve PEDRAZZI, C.: **El bien jurídico en los delitos económicos**. en BARBERO SANTOS (ed.): **La reforma penal: Delitos socio-económicos**. cit. págs.288 y siguiente, "el derecho penal debe obedecer a su peculiar vocación y debe, sobre todo, salvaguardar su carácter subsidiario", admitiendo siempre que "la noción de bien jurídico tiende, además, un puente entre la ley penal y la Constitución".

valor orientativo respecto de ambas cuestiones parece estar fuera de discusión" (cursivas en el original)¹⁷⁵. A ello se añade que, si bien es cierto que aquellos bienes jurídicos que no hayan sido consagrados expresa o implícitamente en la Constitución deben quedar por principio excluidos de la protección penal, también lo es que no todos los bienes contemplados en la misma adquieren, en virtud de ello, la cualidad de penalmente protegibles¹⁷⁶. Como señala TERRADILLOS BASOCO¹⁷⁷, "el reconocimiento constitucional es criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés merecedor de protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede quedar resuelta con el solo recurso a la Constitución".

Para analizar con sentido crítico los actuales procesos de criminalización en el ámbito societario es preciso determinar en primer lugar si la Constitución y el Derecho constitucional pretenden un marco concreto de política económica o bien dejan en plena libertad al legislador. En efecto, al Estado social y democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución corresponde un novedoso catálogo de bienes jurídicos que ha de construirse como adición al de los bienes jurídicos tradicionales¹⁷⁸.

¹⁷⁵Cfr. ZUGALDIA ESPINAR: **Fundamentos de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.48. Vid. también MIR PUIG, S.: **Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi**, en MIR PUIG, S.: **El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona, 1994, passim; SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**, cit. págs.273 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**, cit. págs.17 y siguiente.

¹⁷⁶SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**, cit. págs.274 y siguiente.

¹⁷⁷TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**, cit. pág.17. En el mismo sentido, vid. ZUGALDIA ESPINAR: **Fundamentos de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.50 y siguiente.

¹⁷⁸Cfr. ARROYO ZAPATERO: **Actualidad político-criminal del Derecho penal económico en España**, cit. pág.19. Vid. también, entre otros, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T.: **Derecho**

La delimitación de los intereses jurídicos lesionados o puestos en peligro por la comisión de delitos societarios es el paso previo a la formulación de un juicio sobre la conveniencia o no de su tutela en el orden penal, así como el elemento decisivo a la hora de precisar el grado de tutela conveniente. Y en este sentido resulta obligado indagar si los intereses objeto de eventual protección penal tienen el rango de valores o intereses dignos de protección desde la perspectiva constitucional. El Derecho penal económico, como señaló en su día BAJO FERNANDEZ, "tiene un carácter accesorio en el sentido de que no crea sus propios objetos de protección jurídica, sino que éstos le son dados por el Derecho económico o por la Constitución económica"¹⁷⁹.

Penal. Parte General. 3. ed. Valencia, 1991, pág.253, quienes afirman que un concepto de bien jurídico "elaborado sobre tales bases (scil. las de la idea de Estado social y democrático de Derecho) estaría en las mejores condiciones para desempeñar la función garantizadora que normalmente se le atribuye, desde el momento que podría aparecer como concreción de un precepto constitucional, vinculante para el legislador ordinario no sólo ideológicamente, sino también desde la más estricta positividad".

¹⁷⁹BAJO FERNANDEZ, M.: **La constitución económica española y el Derecho penal.** En AA.VV: **Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal** (homenaje a J. Pereda). Bilbao, 1983, pág.167. Vid. también TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa.** cit. págs.16 y siguientes.

Respecto a la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal son ilustrativas las siguientes palabras de BISCARETTI DI RUFFIA, P.: **Diritto costituzionale.** Napoli, 1989, pág.93: "*Il diritto costituzionale coordina, inoltre, tutte le altre parti dell'ordinamento statale, che trovano in esso (secondo la notissima espressione di PELLEGRINO ROSSI) le <<intestazioni dei loro capitoli>>... dove l'intera materia del diritto penale ("che rappresenta una specifica forma di tutela de gl'interessi dei soggetti dell'ordinamento statale, considerati sotto il riflesso dell'interesse di quest'ultimo nella propria conservazione) è regolata da alcune essenziali formule di carattere costituzionale"*. En efecto, una tesis ampliamente apoyada en la doctrina italiana quiere reservar la protección penal a aquellos intereses que tengan relevancia constitucional. Vid. por todos BRICOLA: **Teoria generale del reato.** cit. págs.14 y siguientes; del mismo autor: **Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela.** en Studi in memoria di G. Delitala. Vol. I. Milano, 1984, págs.107 y siguientes. No obstante, PEDRAZZI, C.: **El Derecho penal**

Ahora bien, nuestros principios constitucionales configuran, como veremos, un modelo económico enormemente ambiguo, lo cual no facilita la labor de delimitación de los bienes jurídicos penalmente protegibles¹⁸⁰. Eso sí, el Derecho penal económico y, por supuesto, los delitos societarios, han de respetar siempre el límite exterior máximo del objeto de protección¹⁸¹, dentro del amplio margen de libertad de que gozan en lo que concierne a los detalles concretos, reflejando las líneas generales del modelo constitucional¹⁸².

No analizaré todos los preceptos que conforman la Constitución económica, labor que excedería los límites de este trabajo, sino que centraré la atención en aquellos que inciden con mayor énfasis en la regulación de los delitos societarios: el derecho de propiedad y la libertad de empresa, así como la iniciativa pública en la actividad económica, que serán objeto de análisis después de una breve introducción al significado de la expresión "Constitución económica". Y ello teniendo en cuenta que todavía no existe en la bibliografía española una

económico en la moderna experiencia italiana. "Papeles de Economía Española" núm.10, 1982, pág.275, sostiene que dicha actitud selectiva resulta "demasiado modesta, ya que es difícil imaginar un interés, individual o colectivo, o de cualquier clase que no encuentre un agarre directo o indirecto en una constitución de tan amplio contenido como la italiana", y como la española, podemos añadir. También en sentido crítico, vid., entre otros, PAGLIARO, A.: *Principi di diritto penale. Parte generale*. 4. ed. Milano, 1993, pág.220; PULITANO, D.: *Obblighi costituzionali di tutela penale?* en Studi in memoria di G. Delitala. Vol. II. Milano, 1984, pág.498; SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. págs.273 y siguientes.

¹⁸⁰En este sentido, cfr. SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.274.

¹⁸¹STAMPA BRAUN, J. M./ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La reforma del Derecho penal económico español*. "Revista Jurídica de Cataluña" núm. extra, 1980, págs.24 y siguientes.

¹⁸²Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. Obra no publicada, págs.53 y siguiente; del mismo autor: *Derecho penal de la empresa*. cit. págs.16 y siguiente.

exposición completa sobre las relaciones entre Derecho constitucional y Derecho penal económico¹⁸³.

3. 4. 2. La expresión "Constitución económica".

Las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial, y entre ellas la Constitución española de 1978, dedican siempre un espacio, mayor ó menor, a los principios básicos del orden económico. Tanto los tratadistas de Derecho constitucional como los de política económica han adquirido conciencia de su importancia, de lo que es expresión la formación del concepto "Constitución económica". Sin embargo, no existe unanimidad doctrinal sobre su contenido concreto. Uno de los primeros autores en utilizar el concepto, EUCKEN¹⁸⁴, lo define como "la decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad". GARCIA-PELAYO señala que podemos considerarlo constituido por "las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico. Tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados, y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción, o pueden tener formulaciones y garantías más rigurosas"¹⁸⁵. Son, en fin, los principios y normas que definen el sistema económico, fijando sus metas, sus reglas de funcionamiento y

¹⁸³Esta carencia se advierte también en el Derecho alemán. Cfr. TIEDEMANN: Lecciones de Derecho Penal Económico. cit. pág.123.

¹⁸⁴EUCKEN, W.: Cuestiones fundamentales de la Economía política. Madrid, 1947.

¹⁸⁵GARCIA-PELAYO, M.: Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. En RAMIREZ, M. (ed.): Estudios sobre la Constitución española de 1978. Zaragoza, 1979, pág.29.

las formas de actuación de los sujetos económicos¹⁸⁶.

3. 4. 3. El Constitucionalismo económico en España: El modelo económico en la Constitución de 1978.

La existencia o no de un modelo económico constitucional es una cuestión muy discutida en la doctrina¹⁸⁷. Para el análisis de los preceptos constitucionales debemos tener presente la importancia del consenso entre las fuerzas políticas durante la elaboración del texto de 1978. El resultado ha sido una Constitución ambigua en materia económica¹⁸⁸, como se comprueba en el análisis concreto del articulado.

a) El derecho de propiedad.

El tratamiento constitucional del derecho de propiedad ha tenido un protagonismo esencial en el marco histórico del constitucionalismo económico. Nuestra Constitución reconoce la

¹⁸⁶Cfr. PEREZ LUÑO, A. E.: **Los derechos fundamentales**. Madrid, 1986, pág.188.

¹⁸⁷Cfr. BAJO FERNANDEZ, M.: **Marco constitucional del Derecho Penal económico**. "CLP" Tomo I, cit. pág.235.

¹⁸⁸Cfr. ALZAGA, O.: **La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)**. Madrid, 1978, pág.306; BAJO FERNANDEZ: **Marco constitucional del Derecho penal económico**. cit. pág.236; GARCIA COTARELO, R.: **El régimen económico-social de la Constitución española**. En FERNANDEZ, T. R. (coord.): **Lecturas sobre la Constitución española**. Tomo I. Madrid, 1978, pág.74; MUÑOZ CONDE, F.: **La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP**. "CPC" núm.16, 1982, págs.113 y siguiente.

propiedad privada en el artículo 33. 1⁸⁹, e implícitamente como condición para el ejercicio de la libertad de empresa y la economía de mercado, reconocidos en el artículo 38; pero no especifica las formas concretas que puede tomar, ni los bienes que han de ser objeto de ella. Reconoce también la propiedad del sector público, al que se le podrán reservar recursos o servicios esenciales (artículo 128. 2), y encomienda a los poderes públicos establecer "los medios que faciliten a los trabajadores el acceso a la propiedad de los medios de producción" (artículo 129. 2).

En su primer párrafo, el artículo 33 proclama que "se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia". Se garantiza así la vertiente personal del derecho de propiedad. El reconocimiento del derecho a la herencia está justificado desde el momento que en el artículo 39. 1 se proclama y asegura "la protección social, económica y jurídica de la familia".

En el segundo párrafo del precepto se regula la vertiente social de dicho derecho: "la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes"¹⁹⁰. Se trata de una exigencia derivada del carácter

¹⁸⁹El artículo 33. 1 se incluye dentro de la Sección segunda, "De los derechos y deberes de los ciudadanos", del Capítulo II, "Derechos y libertades", del Título I de la Constitución. La Sección primera del mismo Capítulo tiene como rúbrica "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas".

¹⁹⁰La idea de la función social se concreta cuando entra en juego la Administración, que se encarga de precisar la función social en relación con las distintas situaciones del derecho de propiedad y aplicando instrumentos de conformación y sancionatorios. Esta intervención administrativa se opera en nombre del interés general, y ha ido desplazando el centro de gravedad de la institución "de una visión centrada exclusivamente en el derecho subjetivo aislado hacia una relación o situación jurídica vinculada socialmente y concretada por la acción administrativa, que, si bien no llega a absorber o desconocer las facultades jurídicas del propietario -de ahí que pueda hablarse de un contenido esencial

social del Estado definido en el artículo 1. 1, así como de la vocación constitucional, expresada en el Preámbulo, de garantizar la convivencia democrática "conforme a un orden económico y social justo". En el capítulo de los Principios rectores de la política social y económica es donde se percibe la existencia de cláusulas de concreción de la función social: utilización racional de los recursos nacionales en el artículo 45. 2, conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico-cultural y artístico en el artículo 46, utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación en el artículo 47, etc. Pero la potestad delimitadora de los poderes públicos no es absoluta. El artículo 53. 1 regula dos restricciones: sólo por Ley podrán limitarse los derechos del propietario y, en todo caso, habrá de respetarse el contenido esencial del derecho de propiedad¹⁹¹. Tales límites constituyen objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional¹⁹².

Visto el sentido que la Constitución da a la propiedad, a la que reconoce como derecho jurídicamente tutelado, si bien no fundamental¹⁹³, limitado por el interés general, podemos

o mínimo del derecho-, las condiciona y disciplina en su desenvolvimiento, generando una pluralidad de estatutos o subsistemas en que el derecho de propiedad pierde definitivamente su configuración unitaria tradicional", en palabras de BASSOLS COMA, M.: *Constitución y sistema económico*. Madrid, 1985, pág.122.

¹⁹¹Vid. JUAN ASENJO, O. de: *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Madrid, 1984, pág.174.

¹⁹²Entre otras, han abordado el tema del contenido esencial del derecho de propiedad las siguientes SSTC: S. III/ 83, de 2 de diciembre; 166/ 86, de 19 de diciembre; 37/ 87, de 26 de marzo; 277/ 88, de 29 de noviembre. Vid. PORTERO MOLINA, J. A.: *Constitución y Jurisprudencia constitucional (selección)*. Valencia, 1992.

¹⁹³Vid. por todos ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.49.

comprender la filosofía que anima los sucesivos proyectos de reforma penal en materia de delitos patrimoniales. El propio pre-legislador ha observado que "el individualismo característico de la mentalidad liberal con que se redactaron los Códigos del siglo XIX ha cedido lugar a una idea de lo patrimonial en la que, además de situarlo por debajo de bienes jurídicos de superior importancia, como la vida, la integridad física o la libertad, se valoran los ataques a cualquier manifestación de patrimonio común o público como delitos casi siempre más graves"¹⁹⁴, lo cual hasta ahora no sucedía. De esta forma, la Constitución ha impuesto una revisión de la tutela penal del patrimonio, puesto que aun tratándose de un bien de relevancia constitucional, reviste actualmente una importancia menor que aquella de la que gozó en la etapa pre-constitucional¹⁹⁵.

b) La libertad de empresa.

La Constitución reconoce en su artículo 38 "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado", señalando a continuación que "los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Comprende dos facetas: por un lado es un derecho subjetivo fundamental a participar libremente en la fundación, mantenimiento y reproducción de empresas económicas; por otro, es un principio de ordenación económica del que se deriva la facultad de cada empresa para decidir sobre sus objetivos y establecer su propia planificación en función de sus recursos, de las demandas del mercado, etc. Para JUAN ASEÑO, el contenido abstracto de la libertad de empresa se despliega en tres "sublibertades": de inversión, de

¹⁹⁴Vid. Exposición de Motivos del PCP de 1992.

¹⁹⁵Cfr. MOCCIA, S.: *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. Padova, 1988, pág.119.

organización y de contratación¹⁹⁶. FONT GALAN reconoce, por su parte, que la libertad de empresa ha de ser conjugada con un sinfín de preceptos limitadores: debe acomodarse a las exigencias de la economía general y la planificación (artículos 38 y 131. 1), subordinación de la riqueza del país al interés general (artículo 128. 1), reconocimiento de la iniciativa pública bajo el principio del monopolio e intervención de empresas (artículo 51), la promoción del progreso social y económico (artículo 40. 1), la función social de la propiedad (artículo 33)¹⁹⁷ y la participación de los trabajadores en la empresa fomentando las cooperativas (artículo 129. 2)¹⁹⁸.

En resumen, la libertad de empresa es susceptible de restricciones en atención al interés general siempre que vengan impuestas por ley y respeten su contenido esencial. En este ámbito se enmarca la previsión, en las leyes mercantiles sobre sociedades, de estrictas medidas de defensa del capital y del patrimonio social de obligado respeto por parte de la sociedad mercantil, que es su titular, a lo cual se añade un sistema de publicidad legal predominantemente imperativo. Se establece para las sociedades mercantiles de capital un régimen legal coactivo e inderogable por la voluntad de las partes contratantes con el fin de permitir al Estado mantener un control indirecto de estas sociedades sin atentar contra el principio de libertad de empresa¹⁹⁹.

¹⁹⁶Vid. JUAN ASENJO: *La Constitución económica española*. cit. pág.154.

¹⁹⁷La STC 37/ 87, de 26 de marzo, en su Fundamento Jurídico 5º, advierte que "la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad".

¹⁹⁸Cfr. FONT GALAN, J. I.: *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*. "RDM" núm.152, 1979, pág.238.

¹⁹⁹Cfr. GARCIA LUENGO, R./ SOTO VAZQUEZ, R.: *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima (Comentarios y jurisprudencia)*. Granada, 1991, pág.445.

Al reconocimiento de la libertad de empresa el artículo 38 conecta una fórmula, "en el marco de la economía de mercado", de la que destaca su ambigüedad, así como el relativismo y la pluralidad de sus interpretaciones²⁰⁰. La economía de mercado en la Constitución española supone una economía dirigida que parte de la libertad de empresa y de la coordinación de su actividad a través de los mecanismos del mercado; se reconoce que hay casos en los que la autoregulación es insatisfactoria, por lo que debe ser corregida con medidas estatales, aparte de que existen finalidades económicas nacionales cuya consecución se asegura por la acción estatal. Nos encontramos ante un sistema mixto, en el que la iniciativa pública y la privada se hallan en pie de igualdad²⁰¹. "Los procedimientos de dirección política no excluyen la libertad de decisión de las empresas, pero la condicionan a través de ciertos parámetros jurídicos, administrativos y económicos que sirven de datos para la formulación de sus decisiones, y de la planificación estatal"²⁰², que en cualquier caso no puede ser total y vinculante²⁰³.

De esta forma, economía de mercado y libertad de

²⁰⁰Vid. CAZORLA PRIETO, L. M.^a en GARRIDO FALLA (dir.): *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1980, pág.466; FONT GALAN: *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*. cit. pág.229; MENENDEZ, A.: *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*. Madrid, 1982; del mismo autor: *Artículo 38*. En GARRIDO FALLA, F./ CAZORLA PRIETO, L. M./ ENTRENA CUESTA, R.: *Comentarios a la Constitución*. Segunda edición ampliada. Madrid, 1985, pág.743.

La STC 37/ 81, de 16 de noviembre, en su Fundamento Jurídico 2º, advierte que el artículo que analizamos "viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad".

²⁰¹Vid. CAZORLA PRIETO: *Artículo 38*. cit. pág.750.

²⁰²GARCIA-PELAYO: *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. cit. pág.41.

²⁰³Vid. ALONSO UREBA, A.: *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*. Madrid, 1985, pág.152.

empresa son realidades económico-jurídicas que se influyen recíprocamente, "porque la economía de mercado viene determinada por el hecho de que se reconoce la libertad de acceso al mismo, derivado de la proclamación de la libertad de empresa, pero al propio tiempo la libertad de actuación -de contratación, de organización- integrantes del derecho subjetivo que es la libertad de empresa, se encuentran con el límite del respeto a la economía de mercado, lo que es tanto como decir que tienen su límite allí donde lesionan la libre competencia"²⁰⁴.

El conflicto con los controles externos de los poderes públicos por razones de política económica se suscita con relación al inciso segundo del artículo 38: "... de acuerdo con las exigencias de la economía nacional y, en su caso, de la planificación". Esta atemperación de la libre iniciativa privada en materia económica deja puertas abiertas para que se alcancen estructuras económicas muy distintas, de forma que "aun partiendo de una misma Constitución en sentido formal, es posible el cambio de la Constitución económica material"²⁰⁵. La imposición de obligaciones estrictamente económicas se debe condicionar a su libre aceptación por los sujetos económicos, pudiendo ir acompañadas de estímulos económicos y financieros²⁰⁶. Cabe añadir, además, que el principio del Estado social actúa como presupuesto normativo general que hace que los derechos económicos privados, incluida la libertad de empresa, tengan unos límites internos, propiciados por la idea de solidaridad, y se configuren como "libertades socialmente

²⁰⁴GARCIA-PITA Y LASTRES, J. L.: **Defensa de la competencia, concentración empresarial y OPAs**. "RDBB" núm.48, 1992, pág.1001.

²⁰⁵SANTOS, V.: **Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978**. En AA.VV.: **El desarrollo de la Constitución española de 1978**. Zaragoza, 1982, pág.386.

²⁰⁶Vid. BASSOLS COMA: **Constitución y sistema económico**. cit. pág.152.

vinculadas"²⁰⁷.

La libertad de empresa, como el derecho a la propiedad y a la herencia, se incluyen en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título I, por lo cual, de conformidad con el apartado 1 del artículo 53 de la Constitución, son derechos y libertades que vinculan a todos los poderes públicos; sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial²⁰⁸, podrá regularse su ejercicio; y se tutelarán por medio del recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161. 1 a) de la Constitución. Esto supone un trato jurídico preferente para la iniciativa económica privada en comparación a la iniciativa pública en la actividad económica, regulada en el Título VII, dedicado a "Economía y Hacienda".

Por último, debe señalarse que la actividad empresarial típica se ha desarrollado tradicionalmente dentro de los esquemas de autonomía de la voluntad, remitiendo la conducta empresarial a una deontología de carácter estrictamente profesional y con mínimas tipificaciones penales y sancionadoras. Aunque nuestra Constitución no contempla específicamente el problema, no repugna al concepto de libre empresa en la economía de mercado la imposición de una serie

²⁰⁷De esta forma, el principio del "Estado social y democrático de Derecho", marco político de nuestra Constitución económica, no es incompatible con los modelos de economía basados en la iniciativa privada, como tampoco lo es respecto de aquellos cuyo motor es la iniciativa pública, porque actúa como un presupuesto normativo general que "estructura en torno a un sistema de valores, objetivos y principios de obligatorio cumplimiento para todos los agentes económicos" los derechos económicos privados. Cfr. JUAN ASENJO: *La Constitución económica española*. cit. pág.134; y GARCIA-PITA Y LASTRES: *Defensa de la competencia, concentración empresarial y OPAs*. cit. pág.998.

²⁰⁸La noción de "contenido esencial" fue definida en su día por la STC de 8 de abril de 1981, como "aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea cognoscible como derecho correspondiente a un determinado tipo".

de limitaciones y tipificaciones penales en materia de prevención y castigo de la criminalidad económica. Y ello puesto que el mercado, en nuestro orden constitucional, es un mercado normativizado en el que las normas estatales regulan aspectos esenciales de la actuación de los agentes económicos, sin lo cual el Estado abdicaría de sus deberes frente a los derechos e intereses de los ciudadanos, incluidos los de los propios agentes económicos²⁰⁹. En efecto, al logro de una mayor "autonomía" de la actividad empresarial debe acompañar siempre formas nuevas y más incisivas de la responsabilidad penal, dado que el logro de mayores cotas de autonomía se relaciona con una más acentuada transparencia de la actividad de empresa, con todas las implicaciones de orden penal que ello conlleva²¹⁰. Se trata de garantizar las "reglas de juego" que permiten el correcto funcionamiento del sistema económico²¹¹.

c) La iniciativa pública en la actividad económica.

La presencia de un sector público en el orden económico se reconoce en el primer inciso del artículo 128. 2, donde se concede a los Entes públicos, Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales, legitimación para ejercer empresarialmente actividades económicas, en coactividad económica con los sujetos privados²¹². Dentro de esta referencia han de

²⁰⁹Cfr. ARROYO ZAPATERO: Actualidad político-criminal del Derecho penal económico en España. cit. pág.20.

²¹⁰Cfr. CUSTODERO, O.: Riflessi penalistici delle responsabilità nella gestione dell'impresa. "Riv. delle Soc." 1990 I, pág.471. Vid. también BRICOLA, F.: Lo statuto dell'impresa: profili costituzionali e penali. "Giur. comm." 1985 I, págs.716 y siguientes.

²¹¹Cfr. DI AMATO: Premesse ad uno studio del diritto penale dell'impresa. en DI AMATO (dir.): Trattato di diritto penale dell'impresa. Vol. I. cit. pág.47.

²¹²Vid. ROJO, A.: Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. "RDM" núms.169 y 170, 1983, pág.318. En el mismo sentido, ALONSO UREBA: La empresa pública. cit. pág.134. En nota señala que en esto es prácticamente unánime la doctrina: MENENDEZ, GIRON TENA, ESTEBAN

comprenderse tanto la asunción de tareas económicas directamente por los poderes públicos, como la creación de entidades que actúen con arreglo a normas de Derecho privado en el terreno económico²¹³. Se acota un ámbito específico para estos Entes públicos en aquellos casos en que se establezca una reserva a su favor "mediante ley" y sobre "recursos o servicios esenciales" (artículo 128. 2). Con este reconocimiento, la Constitución erradica del Ordenamiento jurídico el principio de subsidiariedad de la iniciativa pública²¹⁴. La consagración constitucional del principio de conformidad con el mercado obliga a respetar las reglas de la competencia y condena toda manifestación de competencia desleal por parte de la empresa pública²¹⁵. GARRIDO FALLA exige que las reglas de juego sean las mismas para ambos sectores de producción²¹⁶. Estos postulados se concretan en la necesidad de respetar la igualdad de trato entre la empresa pública y la privada, cuando hayan de coexistir en cualquier sector²¹⁷.

VELASCO, GARRIDO FALLA, DE JUAN ASENJO, MORISI, etc.

²¹³Vid. GALVEZ, J.: Artículo 39. En GARRIDO FALLA/ CAZORLA/ ENTRENA: Comentarios a la Constitución. cit. pág.1886. En el mismo sentido, ALONSO UREBA: La empresa pública. cit. pág.163.

²¹⁴Cfr. GALVEZ: Artículo 39. cit. pág.1886.

²¹⁵Vid. ROJO: Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. cit. pág.321.

²¹⁶Vid. GARRIDO FALLA, F.: El modelo económico de la Constitución española. Vol. I. Madrid, 1981, pág.66. Según este autor, ello implica exigir de la empresa pública: 1) que esté sometida a las mismas cargas laborales y fiscales que la empresa privada; 2) que sea también idéntico el sistema de financiación; 3) que esté sometida en su actuación a las reglas del Derecho privado, si adopta tal forma; 4) que la ayuda estatal se preste tras un detenido examen de las razones de interés público que la justifican; 5) en fin, que cuando la empresa deficitaria reciba ofertas de continuación de la actividad en manos privadas, se arbitre un procedimiento de privatización de la actividad.

²¹⁷Vid. MARTINEZ VAL, J. M.: Libertad de empresa. En ALZAGA, O. (dir.): Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Tomo III. Artículos 24 a 38. Madrid, 1983, pág.666. Esta exigencia se reafirma tras la adhesión de España

Tras el reconocimiento genérico de la iniciativa pública en la actividad económica, el artículo 128. 2 se ocupa de la nacionalización: "mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio". La reserva significa la nacionalización o traspaso al sector público de la titularidad y control de factores productivos, y su esencia teleológica radica en sustraer de la esfera de la iniciativa privada la legitimación del ejercicio de una actividad por razones de interés público²¹⁸.

El segundo inciso del apartado 2 del artículo 128 menciona los recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, como campos que pueden ser reservados al sector público mediante ley. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde a la ley y el control de su correcta aplicación al Tribunal Constitucional. Ahora bien, la reserva al sector público no puede extenderse a la mayor parte de los recursos o de los servicios, sino sólo a aquellos que merezcan el calificativo de esenciales. Se precisa realizar un permanente análisis valorativo de la extensión de la reserva, con el fin de impedir que ésta desborde los límites propios de la excepcionalidad. Por otra parte, determinar cuándo un recurso o servicio merece la calificación de esencial está en función de las distintas políticas económicas y

a la CEE, puesto que el Tratado de Roma persigue el establecimiento de un mercado común sobre la base del reconocimiento de las cuatro libertades y de una economía competitiva o de mercado que se impone, no sólo al sector privado, sino también al sector empresarial público, puesto que se parte de que tal meta sólo será posible sometiendo ambos sectores a una disciplina común. Vid. ALONSO UREBA, A.: **El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas**. En GARCIA DE ENTERRIA, E. (dir.) y otros: **Tratado de Derecho Comunitario europeo**. (Estudio sistemático desde el Derecho español). Tomo I. Madrid, 1986, págs.261 y siguientes.

²¹⁸Cfr. BASSOLS COMA: **Constitución y sistema económico**. cit. pág.177.

1

sociales que pueden desarrollarse legítimamente al amparo del Estado social y democrático de Derecho.

La última de las materias que regula el apartado 2 del artículo 128 de la Constitución es la intervención pública de empresas, mediante ley, cuando así lo exigiera el interés general. La intervención de empresas no implica la transferencia de su titularidad jurídica en favor del sector público, aunque sí "el control directo por los poderes públicos de la gestión empresarial"²¹⁹. El contenido de la intervención puede interpretarse de modo amplio, ya que no se especifica ninguna de sus facetas. Su elemento determinante es el interés general, de nuevo un concepto jurídico indeterminado.

3. 4. 4. Conclusiones en torno al modelo económico recogido en la Constitución de 1978.

Tras el análisis del articulado que conforma la Constitución económica española podemos determinar si se ha procedido a consagrar o no un modelo económico concreto. La doctrina mayoritaria sostiene que la Constitución es neutral con respecto al modelo económico. El marco constitucional, no obstante, permite el desarrollo del sistema de economía de

²¹⁹JUAN ASENJO: La Constitución económica española. cit. pág.163.

mercado en el Estado social²²⁰. Este sistema se opone tanto al sistema colectivizado o de planificación central coactiva e imperativa como al sistema del capitalismo clásico, en el que la consecución autónoma de los respectivos intereses particulares se considera la mejor garantía del interés público (no es posible renunciar a aquellos intereses generales que exigen una cierta intervención estatal, como son el pleno empleo, la política fiscal, la estabilidad monetaria, la protección del medio ambiente, etc., que impiden retornar a un liberalismo puro)²²¹. La Constitución española impide la viabilidad de estos dos sistemas extremos, pero deja un amplísimo margen al poder político para configurar el modelo económico de la nación; ampliando o reduciendo el contenido de los derechos, con la frontera del respeto al contenido esencial, e introduciendo, ampliando o eliminando los límites correlativos, la Constitución permite poner en práctica modelos económicos alternativos de muy distinto signo, desde el neocapitalista contemporáneo al socialista democrático. Esta "neutralidad" de la Constitución económica explica la aceptación del sistema por parte de todas las fuerzas políticas que protagonizaron la transición española.

El modelo económico que instaura la Constitución española se configura, de esta manera, como un modelo de carácter

²²⁰El sistema ha sido designado como "economía social de mercado", término enunciado por primera vez (1949) por los democrata-cristianos alemanes y que dista de tener una significación unívoca. Pero en todo caso se considera su objetivo principal la armonización del principio de economía de mercado con el equilibrio y las mejoras sociales a través de políticas de distribución y redistribución de ingresos, nivelación de patrimonios y de cargas, pleno empleo, etc., bien entendido que se considera que el supuesto básico del desarrollo social es el buen funcionamiento de la economía de mercado. Cfr. GARCIA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, 1985, pág.72.

²²¹Cfr. BAJO FERNANDEZ, M.: *Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales*. en AA.VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. cit. pág.65.

abierto²²², caracterizado "por la circunstancia de que el sistema liberal de mercado se encuentra compensado por la constitucionalización del principio del <<Estado social>>, a la par que por la imposición a los poderes públicos del deber de participar activamente en la estructuración de la sociedad, a través de la denominada <<función promocional>> que, en los arts.9.º y 40 de la Constitución, se proyecta de modo nítido sobre la economía"²²³.

Ahora bien, la adhesión de España a las Comunidades europeas ha aportado una nueva perspectiva en el tema que trato. Cabría sostener que la reserva por los Estados miembros del sistema de propiedad, así como de la política económica²²⁴, permite afirmar que el Derecho comunitario no condiciona la opción política entre los distintos modelos posibles en virtud del carácter neutral de la Constitución económica española. Sin embargo ello no es así. La concreción que se hace de la idea de mercado como base de la Comunidad a través de la normativa

²²²Esto es, se establece un modelo económico susceptible de oscilar entre niveles de mayor intervencionismo o de mayor liberalización económica, sin llegar ni a un modelo de economía colectivizada ni tampoco a un modelo capitalista puro. Vid. entre otros BAJO FERNANDEZ: *Marco constitucional del Derecho penal económico*. cit. págs.235 y siguientes; ESTEBAN VELASCO, G.: *El poder de decisión en las Sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*. Madrid, 1982, pág.617; MUÑOZ CONDE: *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP*. cit. págs.113 y siguiente, especialmente nota núm.14.

²²³GARCIA-PITA Y LASTRES: *Defensa de la competencia, concentración empresarial y ofertas públicas de adquisición de acciones*. cit. págs.996 y siguiente. En el mismo sentido, cfr. BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/ criminales*. cit. pág.65.

²²⁴Los artículos 222 del TCEE, 83 del TCECA y 91 del TCEEA reconocen el sistema de propiedad como algo reservado a la exclusiva competencia estatal, mientras que el artículo 104 del Tratado de Roma deja la política económica en manos de los Estados, sin más deber que el de proceder a una coordinación, previendo una política de compensación por los perjuicios derivados de la misma.

comunitaria limita en modo esencial el ámbito de las potestades públicas económicas. Dicha normativa comunitaria conforma un modelo concreto de economía de mercado de carácter neoliberal²²⁵, posible en el marco constitucional español, pero queda pendiente la cuestión acerca de en qué medida la adhesión dificulta la evolución hacia modelos más progresistas en la línea de una mayor socialización y democratización de la economía, modelos que tienen también cabida en nuestra Constitución económica²²⁶.

El Derecho penal económico y societario ha de moverse dentro de este amplio marco constitucional y comunitario, que señala, como hemos señalado, el "límite exterior máximo del objeto de protección"²²⁷. Respetando dicho límite resultan inoportunas las críticas de ciertos sectores empresariales contra el intervencionismo del legislador penal en materia económica²²⁸; y es que el neoliberalismo, que considera el sistema de mercado como punto de partida, ha acabado por reconocer que el Derecho penal económico es un instrumento no disfuncional, sino adecuado para el mantenimiento de una economía de características liberales²²⁹. Como señala BARBERO SANTOS, el modelo socio-económico que configura la Constitución española,

²²⁵Cfr. ALONSO UREBA: El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas. cit. pág.252; TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.17.

²²⁶Vid. ALONSO UREBA: El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas. cit. págs.251 y siguientes.

²²⁷STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. págs.24 y siguientes. En el mismo sentido, vid. TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.16.

²²⁸Cfr. BAJO FERNANDEZ: Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/ criminales. cit. pág.66.

²²⁹Cfr. BAJO FERNANDEZ: Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/ criminales. cit. pág.66.

al no ser liberal puro, exige, y en todo caso no obstaculiza, la previsión en el Código penal de delitos económicos²³⁰. Ahora bien, conviene evitar los peligros inherentes al paso quizás excesivamente brusco de una situación de carencia a una manifestación de desequilibrio de signo opuesto. Puede difundirse entre los sujetos económicos la sensación de encontrarse frente a una actitud persecutoria por parte del Poder Judicial, como se denunció con ocasión de la aparición del PCP de 1980.

La propuesta de tomar la Constitución como punto de referencia inicial para proceder a la concreción de los objetos de protección penal es plenamente compatible: un concepto de bien jurídico penalmente protegible elaborado sobre las bases proporcionadas por el texto constitucional está sin duda en las mejores condiciones para desempeñar la función garantizadora que se le atribuye²³¹. El reconocimiento constitucional de un bien ha de tomarse en consideración para valorar su grado de importancia en orden a una posible tutela penal aun cuando, como veremos, no sea suficiente este dato por sí solo, ya que ha de acompañarse de otras consideraciones de índole político-criminal²³².

Aunque desde siempre el Derecho penal ha tutelado valores de carácter económico, el orden económico en su conjunto, lo que aquí llamamos Constitución económica, ha quedado fuera de la garantía penal. Sin embargo, es evidente que al aumentar la intervención estatal para proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad y el propio orden del mercado deben

²³⁰Cfr. BARBERO SANTOS: Los delitos contra el orden socioeconómico: presupuestos. cit. págs.150 y siguiente.

²³¹Vid. COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.253.

²³²Cfr. MIR PUIG: Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*. cit. pág.164. En el mismo sentido, vid. TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. págs.17 y siguiente.

aumentar también, correlativamente, las figuras penales que sancionan las conductas contrarias a tales fines. Ello no supone postular la consideración del orden económico como bien jurídico penalmente protegido en todos los delitos económicos. BAJO FERNANDEZ ha alertado acerca de los dos posibles sentidos de la expresión "orden económico"²³³: en sentido estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, mientras que en sentido amplio es la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Aunque el orden económico, en uno u otro sentido, sea objeto de protección jurídica, en su sentido amplio no se presenta nunca como bien jurídico penalmente protegido, sino más bien como interés del Estado susceptible de concreción en cada figura delictiva particular. Sobre este punto nos extenderemos posteriormente.

Partimos de la compatibilidad entre el Derecho penal económico y la economía de mercado. El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad y de la libertad de empresa permite afirmar su condición de bienes jurídicos. Las normas que pretenden la tutela del patrimonio de la sociedad mercantil, de los socios y de los terceros que entran en contacto con la sociedad conforman el núcleo fundamental del Derecho penal societario. Por otra parte, no es admisible la libertad de empresa sin límite y sin responsabilidad. Los intereses patrimoniales de los socios, de los acreedores, de los trabajadores, así como el interés colectivo en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, no pueden ser sacrificados a un espíritu empresarial mal entendido y libre de prejuicios²³⁴.

²³³Vid. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.562.

²³⁴Vid. PEDRAZZI: *El Derecho penal económico en la moderna experiencia italiana*. cit. pág.274.

Ahora bien, una vez afirmada la consagración constitucional, es preciso proseguir la labor de concreción de las características de los bienes jurídicos penalmente protegibles, para lo cual corresponde tener presentes los principios político-criminales que inspiran el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado²³⁵. Y es que, aunque la Constitución reconozca y proclame el derecho de propiedad y la libertad de empresa, todavía hemos de plantearnos el problema del grado de afectación que es necesario para hacerlos objeto de tutela jurídico-penal²³⁶. Y ello puesto que si bien el reconocimiento constitucional de un bien sirve como criterio relevante para determinar si nos hallamos en presencia de un valor o interés fundamental para la vida humana, no sirve para resolver sin más la cuestión acerca de si dicho bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penalmente protegible²³⁷. Como hemos visto, la Constitución describe un marco flexible y ambiguo, demasiado amplio todavía para los efectos que aquí interesan²³⁸, sin establecer, al menos por cuanto se refiere al derecho de propiedad y a la libertad de empresa, cuál haya de ser el mecanismo protector. Así, se ha de tener en cuenta que "la relevancia constitucional de un interés no impone la necesidad de acudir al instrumento sancionatorio penal: simplemente impone al legislador la tarea de tutelarlos, sin predeterminar cuál pueda ser el medio más idóneo para

²³⁵Vid. SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.275.

²³⁶Vid. MIR PUIG: *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*. cit. pág.164.

²³⁷Cfr. MIR PUIG: *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*. cit. págs.159 y 163 y siguientes; SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. págs.273 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. págs.17 y siguiente.

²³⁸Cfr. SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.274. Vid. también ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.48 y siguientes.

hacerlo"²³⁵.

Por esta razón, en el apartado siguiente proseguiré la labor de concreción de los criterios de determinación de los bienes jurídicos penalmente protegibles en el ámbito societario, para lo cual tendré presentes los principios político-criminales que han de inspirar el ejercicio del ius puniendi estatal. En particular, como se verá con detalle, será necesario respetar los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal, en combinación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

²³⁵TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.23.

CAPITULO CUARTO

4. BASES PARA UNA POLITICA CRIMINAL SOCIETARIA.

4. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

En los años ochenta se ha producido en nuestro país la puesta en marcha de nuevos procesos de criminalización, vinculados en su mayor parte a la redacción de un nuevo Código penal que se halla aun hoy en fase pre-legislativa. Tales procesos afectan también a los ilícitos societarios, los cuales constituyen hasta el momento ilícitos civiles o administrativos, o bien encuentran parcial acomodo en diversas figuras delictivas clásicas reguladas en el Código penal vigente.

Esta constatación obliga a analizar, tras un estudio tanto de las exigencias que plantean los principios de subsidiariedad y fragmentariedad en Derecho penal, como de los intereses que giran en torno a la gestión de las sociedades mercantiles, si es

suficiente para garantizar su adecuada protección la actuación conjunta de los mecanismos de resarcimiento del daño previstos en la legislación mercantil y de los mecanismos sancionadores previstos por el Derecho administrativo para sectores específicos de actividad (banca, seguro, mercados de valores). En caso de responder negativamente a la cuestión, se ha de determinar asimismo si la gama de conductas que bajo la rúbrica "delitos societarios" se cobijan puede subsumirse en los tipos penales ya existentes en el Código penal, o bien si es necesario proceder a la creación de nuevos tipos penales que permitan cubrir las lagunas de punibilidad cuya existencia ha sido denunciada por la doctrina. Y ello puesto que, aun siendo cierto que las conductas criminales cometidas en el ámbito de las sociedades mercantiles no deben sustraerse al Derecho penal, no lo es menos que sería perturbadora la creación de nuevos tipos cuando las conductas que se desean evitar son ya punibles a tenor de otros preceptos del Código penal²⁴⁰. Por esta razón una Política criminal coherente debe tratar de agotar las posibilidades de aplicación de los delitos clásicos²⁴¹; eso sí, sin sobrepasar los límites impuestos por los principios que rigen la interpretación en Derecho penal. El objeto de la decisión político-criminal no está constituido por la cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, "sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como

²⁴⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: Delitos financieros. "DJ" núms.37-40, 1983, Vol. II, pág.849.

²⁴¹Por ejemplo, tipos como el de la estafa han demostrado una especial versatilidad para adaptarse a las nuevas formas de defraudación patrimonial que surgen en la dinámica evolutiva del desarrollo económico y social. Vid. por todos ASUA BATARRITA, A.: El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin. "ADPCP" 1993, pág.89; MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.117.

injusto agravado se convierte en la función esencial del tipo penal"²⁴². Y es que "se requiere adecuar la sanción a la tipología de las distintas formas de ataque, limitándose a la tutela extrapenal en las hipótesis de agresiones menos relevantes o peligrosas. Y aun frente a las más graves, convendrá desechar el recurso al Derecho Penal cuando por la especial tipología de las formas de actuación, no sea posible oponerse a ellas respetando los principios constitucionales que gobiernan las técnicas de la tutela penal..."²⁴³.

Así pues, la teoría de los procesos de incriminación que desembocan en la tipificación de una determinada conducta como delictiva se halla presidida por dos aspectos: en primer lugar, por la concreción práctica de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, labor que efectuaremos a continuación, y, en segundo lugar, por la entidad de los intereses jurídicos dignos de protección, que será analizada en el siguiente apartado. El Derecho mercantil tiene mucho que decir al respecto, pues a él compete el establecimiento de controles preventivos tendentes a asegurar la protección de tales intereses²⁴⁴.

En este sentido, no puede ponerse en tela de juicio la necesidad político-criminal de otorgar una mayor protección, una

²⁴²AMELUNG, K.: Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. en SCHÜNEMANN, B.: El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Madrid, 1991, pág.97. Vid. MIR PUIG: Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*. cit. págs.159 y siguientes, quien ofrece una exposición sobre las condiciones que han de concurrir para que un bien jurídico merezca ser considerado bien jurídico-penal.

²⁴³TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.33. Vid. también, del mismo autor: Derecho penal de la empresa. cit. págs.25 y siguiente.

²⁴⁴Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.33.

protección de índole jurídico-penal, a ciertos intereses, precisos y absolutamente delimitados, que giran en torno a las sociedades mercantiles. Su entidad, así como las modalidades de ataque a que se ven sometidos, obliga a concluir que ni los mecanismos de resarcimiento del daño previstos en la legislación mercantil, ni las sanciones administrativas previstas en sectores específicos de actividad, son suficientes para garantizar su integridad.

4. 2. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y FRAGMENTARIEDAD EN DERECHO PENAL EN RELACION CON LOS DELITOS SOCIETARIOS.

Los principios de subsidiariedad y fragmentariedad integran el llamado principio de intervención mínima²⁴⁵. Desde este punto de vista, tanto el hecho de que se recurra a la pena criminal cuanto, en su caso, la gravedad de la misma, han de encontrar una justificación suficiente en la necesidad de tutela²⁴⁶.

La subsidiariedad constituye hoy en día una exigencia político-criminal que se proyecta sobre las funciones que debe desempeñar el Derecho penal²⁴⁷. Al proceder a la incriminación de nuevas conductas hay que recordar el carácter de *ultima ratio* que ha de acompañar al Derecho penal si se quiere evitar una

²⁴⁵Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 3. ed. Barcelona, 1990, pág.98; ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.236 y siguiente.

²⁴⁶Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.70; vid. también SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. págs.246 y siguiente; ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.236.

²⁴⁷Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Reed. de la 2. ed. Madrid, 1992, pág.82.

recusable hipertrofia cuantitativa del mismo: el Derecho penal es subsidiario respecto de las demás posibilidades de solución de los conflictos, debiendo recurrirse a él sólo cuando todos los instrumentos extrapenales fracasan²⁴⁸.

De esta forma, el carácter subsidiario del Derecho penal implica que, para castigar penalmente una conducta socialmente dañosa se ha de exigir que no existan otros medios menos gravosos para hacerle frente²⁴⁹. Hay que potenciar, por tanto, los mecanismos preventivos y de control propios del Derecho mercantil, e incrementar en el mismo sentido los instrumentos de actuación del Derecho administrativo sancionador²⁵⁰. El empleo de instrumentos jurídicos de Derecho público, y en especial del

²⁴⁸Cfr. ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. cit. pág.23; FIORELLA, A.: *Reato in generale*. "Enc. dir." Vol. XXXVIII, Milano, 1987, pág.773; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.851.

²⁴⁹El Derecho penal solamente interviene en última instancia, cuando los restantes medios de que el Derecho dispone han fracasado en su función de tutela, como indican, entre otros, COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. págs.70 y siguiente; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.98 y siguientes; ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.236. En el mismo sentido indica SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.37, que el Derecho penal "sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico". En relación con los delitos societarios, vid. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.851.

En este sentido, como señala el TC en Sentencia nº 53/ 1985, de 11 de abril (BOE 18 de mayo, Fundamento Jurídico Noveno), "el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta, la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede renunciar también a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos".

²⁵⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.35.

Derecho administrativo, permite prescindir en ocasiones de la pena criminal²⁵¹. La razón por la que se estima que sólo se debe recurrir al Derecho penal cuando, frente a la conducta dañosa o peligrosa para los bienes jurídicos de que se trate, ha fracasado el empleo de otros instrumentos, radica en que la sanción penal "pone en peligro la existencia social del afectado, se le sitúa al margen de la sociedad y, con ello, se produce también un daño social"²⁵². Por todo ello, parecen preferibles a las penas todas aquellas medidas que puedan evitar una alteración de la vida en común y que tengan para el afectado consecuencias menos negativas.

En segundo lugar, el Derecho penal ha de revestir carácter

²⁵¹Por ejemplo, cuando un empresario ejerce su actividad de modo que daña a la comunidad, la medida de cierre de la empresa o del establecimiento puede resultar un medio más eficaz que la imposición de una pena. Cfr. ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. cit. pág.23. Indica MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.99, que "deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad". En el mismo sentido, vid. ZUGALDIA ESPINAR: **Fundamentos de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.237.

²⁵²Cfr. ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. cit. pág.23. Como señala MIR PUIG, S.: **Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal**. "RFDUG" núm.12, 1987, pág.243, se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria para la protección del mismo ciudadano.

fragmentario²⁵³. Se suele señalar que el Derecho penal presenta un carácter doblemente fragmentario: no protege todos los bienes jurídicos sino sólo los más fundamentales; pero, por otra parte, no protege indiscriminadamente los bienes jurídicos más esenciales frente a cualquier clase de ataques, sino únicamente frente a los atentados más graves e intolerables²⁵⁴: ni todos los bienes jurídicos precisan de la protección penal, ni el Derecho penal ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege. En cuanto al primer aspecto, para que la protección de intereses como los que subyacen en los delitos societarios pueda estimarse adecuada, dichos intereses han de ser dignos de protección, susceptibles de protección y, finalmente, han de hallarse necesitados de protección²⁵⁵. En lo referente al segundo, la protección penal no puede referirse a todos los ataques que pueda sufrir un bien jurídico, sino solamente a los más graves e intolerables²⁵⁶. Se requiere adecuar la sanción a

²⁵³Vid. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.99; MUÑOZ CONDE: **Introducción al Derecho penal**. cit. págs.73 y siguientes y bibliografía allí citada. En idioma alemán, vid. por todos MAIWALD, M.: **Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts**. en Fests. für R. Maurach. Karlsruhe, 1972, *passim*.

BINDING trató por primera vez el carácter fragmentario del Derecho penal como un defecto que debía ser superado completando la protección de los bienes jurídicos. Hoy en día, en cambio, el carácter fragmentario es considerado un postulado positivo del Derecho penal. Así, vid. JESCHECK, H.-H.: **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 4. ed. Granada, 1993, págs.45 y siguientes.

²⁵⁴Cfr., entre otros, MARTINEZ PEREZ, C.: **Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa**. "CPC" núm.22, 1984, pág.63. En el mismo sentido, ZUGALDIA ESPINAR: **Fundamentos de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.236 y siguiente.

²⁵⁵Como ponen de relieve COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.73, nota núm.15, recogiendo un sentir general de la doctrina, puede haber bienes jurídicos que aún siendo dignos y susceptibles de protección no están necesitados de ella.

²⁵⁶Vid. LISZT, F. von: **Tratado de Derecho Penal. Vol. II**. Madrid, s/f, pág.21, quien reclamaba la restauración de la vigencia de la regla "*minima non curat praetor*". Con más amplitud, vid. MIR

la tipología de las distintas formas de ataque, siendo suficiente la tutela extrapenal en las hipótesis de agresiones menos relevantes o peligrosas²⁵⁷.

Desde la perspectiva de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad deben valorarse negativamente algunas tendencias de los procesos actuales de criminalización. Por ende, en materia económica la inflación penal tiene como consecuencia un adelantamiento de las responsabilidades penales sobre el vértice de la empresa, con efectos obviamente paralizantes²⁵⁸. De acuerdo con KAISER, se ha de procurar no limitar el espíritu emprendedor, es decir, "la general disposición del empresario a asumir el riesgo comercial, mediante la justicia criminal"²⁵⁹.

Y es que en el sector de los delitos económicos se observa una tendencia a la ampliación del Derecho penal que se contrapone a los propósitos de despenalización progresiva que se formulan en nombre de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del

PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona, 1976, págs.126 y siguientes; del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.98 y siguientes; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1978, págs.18 y siguientes; SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. págs.289 y siguientes.

²⁵⁷Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.33.

²⁵⁸Sobre las consecuencias negativas a que puede dar lugar una atmósfera excesivamente represiva en el orden económico, vid. PEDRAZZI: *El Derecho penal económico en la moderna experiencia italiana*. cit. págs.274 y siguiente, quien señala "un progresivo debilitamiento del espíritu de iniciativa en una coyuntura económica ya regresiva; e, incluso, la tentación de abandonar el campo, de huir de las responsabilidades empresariales, comprensiblemente advertible en los sujetos más serios y escrupulosos, más ajenos a las aventuras y a los escándalos".

²⁵⁹KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.175.

Derecho penal. Por ello conviene llamar la atención acerca de este fenómeno, con el fin de reflexionar sobre los criterios que han de orientar al legislador en la decisión acerca de si determinada materia "novedosa" exige o no la intervención penal²⁶⁰.

Ahora bien, el carácter fragmentario del Derecho penal y su consideración como *ultima ratio* no prejuzgan su naturaleza autónoma respecto de los demás sectores del Ordenamiento jurídico²⁶¹, autonomía que, por otra parte, se relaciona íntimamente con las funciones preventiva y de garantía del Derecho penal²⁶².

Y en este sentido no puede aceptarse como solución del problema planteado el principio formulado por MAURACH²⁶³,

²⁶⁰Cfr. MIR PUIG: **Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal.** cit. págs.244 y siguiente.

²⁶¹Al hablar de autonomía no se quiere decir que el Derecho penal posea una independencia absoluta respecto del resto del Ordenamiento jurídico. Como señalaba VON HIPPEL, R.: **Deutsches Strafrecht. I. Allgemeine Grundlagen.** Berlin, 1925, págs.31 y siguientes, "todas las partes del ordenamiento jurídico se completan recíprocamente, sin que por ello se siga una relación de subsidiariedad".

²⁶²Vid. por todos SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo.** cit. págs.317 y siguiente.

²⁶³MAURACH, R.: **Tratado de Derecho Penal. I.** Barcelona, 1962, págs.30 y siguientes. Para este autor, el Derecho penal es independiente en sus efectos jurídicos porque puede aplicar las sanciones y medidas de que dispone sin tomar en consideración otras ramas del ordenamiento, mientras que es relativamente dependiente en sus presupuestos porque la potestad punitiva del Estado se halla vinculada al Ordenamiento jurídico, no pudiendo valorar con independencia como injusto lo que en otros sectores ha sido valorado como lícito. En contra, vid. RODRIGUEZ DEvesa/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte General.** 1994, cit. pág.27, quienes alega que "aun allí donde aparentemente el Derecho penal refuerza instituciones civiles mediante la amenaza de la pena,

conforme al cual el Derecho penal es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos. Lo relativo de esta dependencia se observa en que una vez incorporado el injusto al Derecho penal experimenta un proceso peculiar que lo conduce a la autonomía: la interpretación desarrollada en el ámbito jurídico-penal no siempre otorga a los términos recibidos de otros sectores del Ordenamiento la significación que allí se les da. Ahora bien, la autonomía del Derecho penal se ve limitada, como es lógico, por la unidad y congruencia del Ordenamiento jurídico²⁶⁴, lo cual tiene importantes consecuencias respecto de la interpretación²⁶⁵. Pero sucede que la función del Derecho penal no depende únicamente de la función de sus consecuencias o efectos, sino también de la función de sus normas primarias o presupuestos²⁶⁶. La función del Derecho penal se distingue así de la que corresponde a otros sectores del Ordenamiento jurídico no sólo por la mayor gravedad de sus sanciones, sino también por la mayor desvalorización de los hechos que infringen sus normas. Como señala MIR PUIG²⁶⁷, "el Derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de cualquier norma jurídica, sino sólo la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal".

En fin, el principio de intervención mínima del Derecho

procede con criterios propios que no pueden ser extraídos ni comprendidos con puntos de vista extrapenales. No cabe, por consiguiente, desconocer que existe una peculiaridad no sólo en el establecimiento de la sanción (pena), sino también en el establecimiento del presupuesto (delito)".

²⁶⁴Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.35.

²⁶⁵Vid. *infra*.

²⁶⁶Cfr. MIR PUIG: *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal*. cit. pág.247.

²⁶⁷MIR PUIG: *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal*. cit. pág.247.

penal, como vértice integrador de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, sólo podrá tener una realización coherente si se empieza por reconocer una específica autonomía al Derecho penal, tanto en sus consecuencias jurídicas como en la definición de las normas primarias a cuya infracción aquéllas deben asociarse²⁶⁸.

Tanto el PCP de 1992 como, presumiblemente, el de 1994, pretendieron asumir los principios que aquí hemos expuesto. En ese sentido, la Exposición de Motivos del texto de 1992 señalaba que "como es sabido, el Código penal no protege a los bienes jurídicos frente a cualquier ataque imaginable, sino únicamente frente a los que se considere más graves o peligrosos, sea por razones objetivas o subjetivas. Esto, que se conoce como protección fragmentaria, se combina y complementa con el principio de intervención mínima. En virtud de éste se excluyen del Código penal todos aquellos problemas que pueden resolverse razonablemente mediante las vías del derecho privado o del derecho administrativo". Cabe puntualizar que las medidas legislativas penales deben seguir a o acompañarse de reformas en la legislación civil, mercantil y administrativa de corte preventivo, como exigencia también del carácter de *ultima ratio* de la intervención penal, creando nuevos tipos sólo en la medida que los existentes sean insuficientes²⁶⁹.

En palabras de MUÑOZ CONDE²⁷⁰, se trata de colmar

²⁶⁸Cfr. MIR PUIG: Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal. cit. pág.248.

²⁶⁹Cfr. ARROYO ZAPATERO, L.: El Derecho Penal económico en la República Federal de Alemania. en BARBERO SANTOS (ed.): La reforma penal: Delitos socio-económicos. cit. págs.103 y siguiente.

²⁷⁰MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. págs.270 y siguiente.

escandalosas lagunas de punibilidad, sí, "pero no de exasperar las cuestiones de sistemática y autonomía con criterios poco precisos y definidos". Otra cosa sería "una funcionalización inadmisibile del Derecho penal y la pérdida por parte de éste de su carácter de ultima ratio, es decir, del principio de intervención mínima que en ésta, como en las demas materias reguladas por el Derecho penal, debe ser el principio básico inspirador de una eficaz y correcta política criminal. No le pidamos al Derecho penal más de lo que en cada momento histórico tiene que cumplir o puede racionalmente ofrecer".

4. 3. LOS INTERESES DIGNOS DE PROTECCION PENAL EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

4. 3. 1. Determinaciones previas.

En este apartado de análisis político-criminal en el que todavía no atiendo a una regulación positiva de los delitos societarios, creo preferible proceder a la individualización de las exigencias de tutela del sector. Con esta labor de concreción se tratan de evitar las razonables críticas que efectúa la doctrina cuando aborda los delitos económicos, al señalar que "es la misma oscuridad de los intereses y derechos en juego, tan difíciles de reconducir a un bien jurídico protegido común como no sea el de un vago interés en el equilibrio del sistema económico o un genérico orden público económico, lo que dificulta un tratamiento unitario, seguro y eficaz de los mismos"²⁷¹.

²⁷¹MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.108.

4. 3. 2. La integridad del capital social.

Es característica ya tradicional del régimen jurídico de las sociedades mercantiles, y especialmente de la anónima, la preocupación por proteger el patrimonio de la sociedad, poniendo especial énfasis en la integridad del capital social.

Cabe efectuar ciertas precisiones terminológicas con carácter previo al análisis de la integridad del capital social como interés digno de tutela penal. En primer lugar deben distinguirse las nociones de capital social y patrimonio social, netamente diferenciadas desde el punto de vista técnico-jurídico pero no tanto desde una óptica más común o vulgar. En sentido estricto, al hablar del capital social se alude únicamente a la cifra escriturada en los estatutos sociales²⁷², que es la suma de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios, mientras que el concepto técnico de patrimonio social hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social²⁷³. Y si bien en el momento fundacional de la sociedad es frecuente que coincidan el capital y el importe del patrimonio social, esa coincidencia inicial desaparece en cuanto la sociedad comienza su actividad económica²⁷⁴, puesto

²⁷²Cfr. MARTINEZ FERNANDEZ en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.): Estudios sobre la Sociedad Anónima. II. Madrid, 1993, pág.312; NAPOLEONI, V.: *I reati societari. I. La tutela penale del capitale sociale*. Milano, 1991, pág.8; VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1*. Barcelona, 1991, págs.421 y siguiente.

²⁷³LA MONICA, M.: *Reati societari*. "Enc. dir." Vol. XXXVIII, cit. págs.980 y siguiente; TRIMARCHI: *Patrimonio (nozione generale)*. en la misma obra. cit. págs.271 y siguientes; URIA GONZALEZ, R.: *Derecho Mercantil*. Madrid, 1993, pág.235.

²⁷⁴NAPOLEONI: *I reati societari. I*. cit. pág.10. Puede haber casos en los que *ab initio* no exista ya igualdad entre las cifras de capital y de patrimonio, por ejemplo, cuando las

que dicha actividad repercute necesariamente de forma positiva o negativa sobre el patrimonio de la entidad, mientras que la cifra del capital permanece indiferente a dichos cambios, pudiendo únicamente ser modificada previo acuerdo social de aumento o reducción del capital tomado con las formalidades legales oportunas. El capital social se configura de este modo como la parte del patrimonio social afectada por un vínculo legal de indisponibilidad, junto con las reservas legales y estatutarias²⁷⁵.

En la doctrina mercantilista española se ha manifestado una tendencia a poner en entredicho la idea de capital frente a la noción más amplia y comprensiva de patrimonio, la cual se intenta que abarque tanto el aspecto económico (activo) como el jurídico (pasivo). Ello no obstante, la idea de capital sigue siendo válida y separable necesariamente del concepto y función del patrimonio, puesto que "tanto en el Derecho Comunitario como en la reforma de Sociedades de 1989 está viva la noción del capital, vigentes sus principios ordenadores y aparece clara la separación con el concepto de patrimonio... hoy por hoy la noción y la fuerza del capital en la sociedad anónima son reales y siguen siendo válidos"²⁷⁶. En efecto, constituye una noción que desempeña tres funciones: de garantía, organizativa y empresarial o de explotación²⁷⁷.

aportaciones no sean reales o cuando existan acciones con prima de emisión. Cfr. MARTINEZ FERNANDEZ en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.312.

²⁷⁵Cfr. CONTI: Disposizioni penali in materia di società e di consorzi. cit. pág.29; LA MONICA: Reati societari. cit. pág.981; MARTINEZ FERNANDEZ en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. págs.312 y siguiente.

²⁷⁶GARRIDO DE PALMA: La sociedad anónima en el Derecho español. cit. pág.41.

²⁷⁷Cfr. VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1. 1991, cit. pág.421, quien no obstante señala que en el Derecho mercantil prevalecen las dos últimas funciones sobre la primera. En contra, vid. LOJENDIO OSBORNE, I.: Aportaciones sociales. en URIA, R./ MENENDEZ, A./ OLIVENCIA, M. (dirs.): Comentario al régimen legal de las

Centraremos nuestra atención en la primera.

La tutela de la integridad del capital social supone la convergencia de una pluralidad de intereses heterogéneos. Resultan parciales las numerosas tesis que se mantienen sobre la justificación de su tutela con base en uno solo de los intereses subyacentes, puesto que únicamente su combinación permite llegar a una solución correcta en tanto que ecléctica. Esta solución radica en considerar que son susceptibles de converger armónicamente en la protección del capital social²⁷⁸: el interés de los acreedores sociales, presentes y futuros, a la existencia y conservación de una adecuada garantía patrimonial²⁷⁹; el interés de la sociedad y de los socios²⁸⁰; el interés de los trabajadores; y los intereses, en fin, de los futuros adquirentes de participaciones sociales, y del mercado en general, en la correspondencia entre el valor nominal y la consistencia patrimonial efectiva de la entidad.

El capital social presenta la ventaja de consistir no en una entidad inmaterial derivada de una simple abstracción conceptual, sino en un núcleo patrimonial de contornos bien definidos por el Derecho mercantil, que sirve de punto de convergencia a la pluralidad de intereses económicos que ya

sociedades mercantiles. III. 3. Madrid, 1994, págs.31 y siguientes.

²⁷⁸En este orden de ideas, sustancialmente, vid. FOFFANI, L.: *Violazione di obblighi delle amministratori nelle società commerciali*. en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*. cit. pág.323; y NAPOLEONI: *I reati societari*. I. cit. pág.35.

²⁷⁹La función principal del capital social es servir de garantía a los acreedores. Vid. GARRIGUES, J.: *Hacia un nuevo Derecho mercantil. Escritos, lecciones y conferencias*. Madrid, 1971, pág.164; LOJENDIO OSBORNE: *Aportaciones sociales*. cit. pág.33; MARTINEZ FERNANDEZ en GARRIDO DE PALMA (dir.): *Estudios sobre la SA*. II. cit. pág.313.

²⁸⁰Cfr. MARTINEZ FERNANDEZ en GARRIDO DE PALMA (dir.): *Estudios sobre la SA*. II. cit. pág.314.

hemos reseñado²⁸¹. De esta forma, en el actual momento histórico, y teniendo en cuenta el relieve que cobra su protección en la normativa comunitaria, como veremos inmediatamente²⁸², asume indiscutiblemente el significado de valor sustancial cuya lesión o puesta en peligro justifica la intervención del Derecho penal.

No obstante, se ha de dejar constancia de la crisis actual de la función garantizadora del capital social para los acreedores sociales, que sin embargo no impide que respecto a terceros el capital siga constituyendo una cifra de retención en garantía de los acreedores²⁸³. Por otra parte, la legislación española, coherente con el mandato comunitario, es consciente de la importancia esencial del capital como cifra de explotación, como se pone de manifiesto en la regulación que efectúa.

Con respecto a la normativa comunitaria, la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976²⁸⁴, tiene por finalidad coordinar, para hacerlas equivalentes, las normas de los Estados miembros en materia de constitución de sociedades

²⁸¹FOFFANI: *Violazione di obblighi delle amministratori nelle società commerciali*. cit. pág.323. Vid. también GIULIANI BALESTRINO, U.: *I problemi generali dei reati societari*. Milano, 1978, pág.51. Ello sin olvidar que el propósito principal de las primeras intervenciones penales en materia de sociedades fue salvaguardar la integridad del patrimonio social, como resalta MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. pág.9.

²⁸²Basta adelantar que la Exposición de Motivos de la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 diciembre 1976, señala "que es preciso promulgar disposiciones comunitarias tendentes a preservar el capital, garantía de acreedores, prohibiendo especialmente comprometerlo con distribuciones indebidas a los accionistas...".

²⁸³Cfr. GARRIDO DE PALMA: *La sociedad anónima en el Derecho español*. cit. págs.41 y siguientes; VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1°. 1991, cit. págs.427 y siguiente.

²⁸⁴Vid. DOCE n.º L 26/1, de 31 de enero de 1977.

anónimas y de estabilidad y modificación de su capital. A través de ella se persiguen tres objetivos: a) asegurar que todo acreedor, ciudadano de un Estado miembro distinto del de la sociedad, pueda conocer con certeza la realidad de la garantía que le ofrece el capital; b) asegurar la integridad del capital social después del proceso fundacional en garantía de los acreedores; y c) hacer igualitaria en el área de la Comunidad europea la tutela de los accionistas y terceros²⁸⁵. En efecto, la etapa de constitución de la sociedad constituye un punto de referencia esencial con respecto a la adecuación del capital social: Esta disciplina ha sido modificada en parte por la Directiva 92/101/CEE, de 23 de noviembre de 1992²⁸⁶, que introduce un nuevo precepto en la Segunda Directiva, el artículo 24 bis, cuyo objeto es extender el régimen restrictivo que se establece para la adquisición de acciones propias a las operaciones realizadas por sociedades filiales²⁸⁷.

De la redacción de esta Segunda Directiva comunitaria cabe destacar la gran importancia que el legislador europeo otorga a la protección del capital social²⁸⁸. Esta importancia era todavía más evidente en la redacción del *Avant-projêt* de la

²⁸⁵Cfr. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L./ CALVO CARAVACA, A.-L.: *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, 1993, pág.60.

²⁸⁶Vid. DOCE n.º L 347/64, de 28 de noviembre de 1992.

²⁸⁷Esta adición se justifica por la posibilidad de vulnerar el régimen establecido en la Segunda Directiva utilizando el grupo de sociedades. Según la doctrina mercantilista, "la nueva disposición comunitaria, por tanto, no sólo era conveniente, por lo que supone de clarificación respecto al texto anterior, sino altamente necesaria". VELASCO SAN PEDRO, L. A.: *Modificación de la Segunda Directiva de la CEE en materia de sociedades*. "RDBB" núm.48, 1992, pág.1138, quien ofrece un breve análisis de las modificaciones introducidas.

²⁸⁸Cfr. el Preámbulo de la Segunda Directiva 77/91/CEE. Sobre este punto, vid. también GRASSO: *Le disposizioni penali nella normativa di attuazione della II Direttiva*. cit. pág.860; del mismo autor: *Profili penalistici nella normativa di attuazione della seconda direttiva CEE in materia societaria*. "Foro It." 1986, IV, pág.323.

Directiva, que preveía expresamente la obligación de los Estados miembros de reforzar con la sanción penal algunas de las más significativas prescripciones de Derecho privado, entre las cuales se encontraban las que regulan la adquisición de acciones propias²⁸⁹.

En aplicación de las normas del Derecho comunitario dirigidas a la tutela del capital social, la actual LSA establece una amplia serie de medidas dirigidas al mismo fin, siendo mucho más exigente en esta fundamental materia que la precedente normativa de 1951²⁹⁰.

a) El sistema de cautelas en la valoración de las aportaciones no dinerarias o *in natura* (artículos 38 y 39)²⁹¹.

²⁸⁹Cfr. GRASSO: *Le disposizioni penali nella normativa di attuazione della II Direttiva*. cit. págs.859 y siguiente; del mismo autor: *Profili penalistici nella normativa di attuazione della seconda direttiva CEE in materia societaria*. cit. págs.322 y siguientes. Sobre el tema, vid. también FOFFANI, L.: *Profili penalistici dell'acquisto di azioni proprie da parte della società emittente dopo il d.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30*. "Giur. comm." 1987 II, págs.484 y siguiente.

²⁹⁰GARRIDO DE PALMA: *La escritura pública de fundación. Su nueva regulación legal*. cit. pág.139. Sobre la protección del capital social en la regulación de 1951, vid. GARRIGUES: *Hacia un nuevo Derecho mercantil*. cit. págs.170 y siguientes.

Téngase en cuenta que este estudio se enfocará exclusivamente sobre el régimen jurídico de las SA. En otro tipo de entidades mercantiles, como por ejemplo las cooperativas de crédito, el capital social tiene una función prácticamente irrelevante, y no desempeña las funciones que le corresponden en la SA. Cfr. VICENT CHULIA, F.: *El nuevo estatuto jurídico de la Cooperativa de Crédito (II)*. "RDBB" núm.54, 1994, pág.307.

²⁹¹El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, ICAC, ha dictado varias Resoluciones sobre valoración de participaciones en el capital derivadas de aportaciones no dinerarias en la constitución y ampliación del capital de sociedades, Vid. la Resolución de 30 de julio de 1991, BOE de 18 de enero de 1992, que dicta las normas de valoración del inmovilizado material, y la de 21 de enero de 1992, BOE de 7 de abril de 1992, sobre normas de valoración del inmovilizado inmaterial, complementadas por la de 27 de julio de 1992, BOE de 4 de noviembre de 1992. Vid. una breve exposición del contenido de dichas Resoluciones en SANCHEZ MIGUEL, M^a C.:

La Ley cuida de modo especial esta cuestión, particularmente importante desde el punto de vista de la integridad y realidad del capital social, puesto que la aportación no dineraria encierra siempre para la sociedad, para los acreedores y para los demás socios el gran peligro de su excesiva valoración²⁹². De ahí que se considere prudente toda disciplina dirigida a asegurar la realidad de dichas aportaciones y su correcta valoración. Se trata de evitar operaciones de "watering"²⁹³, esto es, que el capital pueda ser "aguado", y con ello se vea mermada la garantía de los acreedores por las deudas sociales²⁹⁴. La verificación del desembolso efectivo de todo tipo de aportaciones se regula en el artículo 40 LSA, pero el sistema de cautelas legales llega aún más lejos. El artículo 41 establece que "las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro de los dos primeros años a partir de su constitución habrán de ser previamente aprobadas por la junta general, siempre que el importe de aquéllas exceda de la décima parte del capital social". Esta norma pretende dificultar la realización de aportaciones no dinerarias

Normas de valoración de participaciones en el capital derivadas de aportaciones no dinerarias en la constitución y ampliación del capital de sociedades. "RDBB" núm.48, 1992, págs.1159 y siguientes.

²⁹²Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. págs.256 y siguiente. Vid. también VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. pág.435.

²⁹³En la terminología anglosajona se conocen como "watering" las maniobras fraudulentas de hipervaloración del capital social. Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.102. Los italianos, por su parte, hablan de "aguamento", esto es, de aguar el capital social disolviéndolo.

²⁹⁴Cfr. CONTI, L.: *Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di)*. "Noviss. Dig. It." Vol. XVII, cit. pág.768; GARRIDO DE PALMA: *La sociedad anónima en el Derecho español*. cit. págs.42 y 44.

Sobre la influencia de estas prácticas en el desencadenamiento de numerosas crisis bancarias en nuestro país desde 1978, vid. ampliamente RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Aspectos penales de las crisis bancarias*. en AA.VV.: *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias (Respuesta del Ordenamiento jurídico)*. Madrid, 1988, págs.281 y siguientes.

encubiertas, en las que el socio aportante conviene con los fundadores la aparente suscripción de las acciones en metálico y la venta ulterior a la sociedad de los bienes que realmente se quieren aportar, recibiendo de la sociedad como precio el importe anteriormente desembolsado al suscribir sus acciones²⁹⁵.

Por otra parte, la porción de capital no desembolsado por el socio como pago de las acciones recibidas puede ser reclamada por la sociedad de una sola vez o en pagos fraccionados, recibiendo el nombre de dividendos pasivos. Estos dividendos constituyen una deuda del socio que no podrá ser condonada por la sociedad, puesto que la integridad del capital social es una exigencia de orden público que, como hemos ya indicado, tiene su razón de ser en la función de garantía que el capital cumple frente a los acreedores sociales²⁹⁶, garantía que refuerza la genérica que recae sobre todo el patrimonio social²⁹⁷ (artículo 1911 del C.c. español: "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros").

El cuadro garantizador que presenta la LSA se cierra en esta materia con tres previsiones más: los fundadores responden de la realidad de las aportaciones sociales y de la

²⁹⁵Vid. entre otros VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. págs.440 y siguiente.

Se exceptúan, no obstante, de la aplicación de esta norma "las adquisiciones comprendidas en las operaciones ordinarias de la sociedad" y "las que se verifiquen en Bolsa de Valores o en subasta pública" (artículo 41. 2 LSA). Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.258.

²⁹⁶Vid. entre otros GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. pág.51; SIMONETTO: *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*. Padova, 1959, págs.262 y siguientes.

²⁹⁷Cfr. CONTI, L.: *Diritto penale commerciale*. I. *Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*. Torino, 1980, pág.132; NAPOLEONI: *I reati societari*. I. cit. págs.31 y siguiente.

valoración de las no dinerarias frente a la sociedad, los accionistas y los terceros en la fundación simultánea (artículo 18), mientras que en la fundación sucesiva los promotores responden de la realidad y la efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias, responsabilidad solidaria frente a la sociedad y frente a terceros (artículo 34. 1. b). Por su parte, los artículos 42 y siguientes regulan la responsabilidad de cedente y cesionario en el caso de cesión de acciones no liberadas²⁹⁸.

La importancia de esta regulación es indudable, como se demuestra dando una breve ojeada a las causas de las crisis bancarias que han afectado a nuestro país el último cuarto de siglo. Afirma MARTIN-RETORTILLO²⁹⁹ que, "frecuentemente, en las entidades bancarias en crisis ha habido una falta de realidad en las aportaciones de los socios al capital social: las ampliaciones del capital del banco fueron en ocasiones ficticias, fruto de puros asientos contables, sin ingreso efectivo de dinero alguno".

b) La prohibición de emitir acciones por debajo de la par (artículo 47). Las acciones no pueden ser emitidas por una cifra inferior a su valor nominal, pero sí es lícita la emisión de acciones con prima. Estas reglas tienen especial interés en relación con la defensa del capital social, puesto que tienden a procurar el equilibrio entre la parte de capital representada por la acción y el valor del patrimonio que se aporta, bien al constituirse la sociedad, bien en ulteriores ampliaciones del capital³⁰⁰. Como señala URÍA, "si fuera

²⁹⁸GARRIDO DE PALMA: La escritura pública de fundación. Su nueva regulación legal. cit. pág.144.

²⁹⁹MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: Panorama general de las crisis bancarias. en AA.VV.: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. cit. pág.24.

³⁰⁰Vid. CONTI: Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di). cit. pág.769.

lícito aportar a la sociedad un valor inferior al nominal de la acción, forzosamente quedaría al descubierto una parte del capital"³⁰¹.

c) La obligación de constituir una reserva especial con cargo a beneficios. En efecto, los beneficios reales no son siempre íntegramente repartibles, aunque el activo supere el pasivo. La reserva legal grava necesariamente el beneficio líquido del ejercicio económico en un diez por ciento, hasta que ésta alcance al menos el veinte por ciento del capital social (artículo 214). Se trata de una reserva que tiene por misión absorber las eventuales pérdidas arrojadas por el balance en años desfavorables, consolidando la garantía que ofrece el capital social. Las reservas estatutarias se rigen en su constitución y destino por lo que los estatutos establezcan en cada caso. Por su parte, las reservas facultativas o voluntarias, creadas por simple acuerdo de la Junta general, son de libre disponibilidad. La dotación de las reservas acrecienta el patrimonio social y refuerza la estabilidad y la potencia económica de la empresa, aumentando su crédito frente al exterior³⁰².

d) La facultad de los acreedores sociales de oponerse a las reducciones de capital en determinados supuestos (artículos 166 y 167). Los preceptos que la LSA dedica a esta materia están fundamentalmente inspirados en el propósito de proteger a los acreedores sociales, que sólo cuentan con el patrimonio social como garantía de sus créditos. Y puesto que la cuenta-capital del pasivo tiene la misión de retener en el activo valores patrimoniales suficientes para cubrir su importe, los acreedores están interesados en que esa cifra no sea rebajada por la sociedad, ya que la rebaja permitiría a ésta la disponibilidad y el reparto de unos valores

³⁰¹URIA: Derecho Mercantil. 1993, cit. pág.264.

³⁰²Cfr. URIA: Derecho Mercantil. 1993, cit. pág.363.

patrimoniales que en otro caso habrían de continuar en el patrimonio social reforzando la garantía de las deudas sociales³⁰³. De esta forma, el reconocimiento legal del derecho de oposición de los acreedores al acuerdo de reducción del capital social se efectúa en los siguientes términos: "los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción del capital tendrán el derecho de oponerse a la reducción hasta que se les garanticen los créditos no vencidos en el momento de la publicación. No gozarán de este derecho los acreedores cuyos créditos se encuentren ya adecuadamente garantizados" (artículo 166. 1). La consecuencia directa del ejercicio de este derecho radica en impedir la reducción del capital "hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento" (artículo 166. 3).

e) La prohibición de pagar dividendos a las acciones como no sea con beneficios realmente obtenidos o con cargo a las reservas de libre disposición (artículo 213). Si por consecuencia de pérdidas de ejercicios anteriores el valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra de capital social, "el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas" (artículo 213. 2). Tampoco se podrán repartir beneficios mientras "no hayan sido amortizados por completo" los gastos de establecimiento o de investigación y desarrollo y el coste del fondo de comercio, adquirido a título oneroso, que figure en el activo del balance, a no ser "que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos no amortizados" (artículos 194 y 213. 2).

Se admite la posibilidad de que la Junta general o

³⁰³URIA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.382.

los administradores distribuyan entre los accionistas, antes de conocer los resultados del ejercicio social, cantidades "a cuenta de dividendos", si bien bajo determinadas condiciones legales³⁰⁴, determinándose en caso de incumplimiento de las mismas la obligación de los accionistas de restituir a la sociedad las cantidades percibidas, con el interés legal que corresponda, "cuando la sociedad pruebe que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla" (artículo 217). Esta disposición, de muy difícil aplicación en la práctica, no es suficiente para garantizar la protección del capital social y de las reservas legales y estatutarias, unánimemente considerada la ratio de la tutela³⁰⁵.

f) La prohibición a la sociedad de suscribir sus propias acciones y las limitaciones a la adquisición de acciones propias ya emitidas, así como la prohibición de asistencia financiera para la adquisición por un tercero de acciones propias³⁰⁶. Las normas que recoge la LSA bajo la

³⁰⁴Estas condiciones son las siguientes: 1ª) los administradores tienen que formular un previo estado contable que se incluirá posteriormente en la memoria, en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución; y 2ª) la cantidad distribuida "no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados" (artículo 216).

³⁰⁵Cfr. por todos CONTI: *Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di)*. cit. pág.764.

³⁰⁶En el momento actual es habitual que todas las referencias doctrinales a las participaciones recíprocas se realicen al hilo de las reflexiones sobre la adquisición de acciones propias. Vid. BLANCO CAMPAÑA: *La adquisición por la sociedad de sus propias acciones*. "RDBB" núm.2, 1989, págs.241 y siguientes; PAZ-ARES, C.: *Negocios sobre las propias acciones*. en ALONSO UREBA/ CHICO ORTIZ/ LUCAS FERNANDEZ (coords.): *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*. cit. págs.607 y siguientes; VELASCO SAN PEDRO, J. A.: *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*.

rúbrica "de los negocios sobre las propias acciones" (Sección Cuarta del Capítulo IV), constituyen una de las novedades más interesantes de la nueva normativa de sociedades³⁰⁷, puesto que regulan, además de los negocios sobre acciones propias consistentes en su adquisición, aceptación en garantía y asistencia financiera a tercero para su adquisición (artículos 74 a 81)³⁰⁸, las participaciones recíprocas entre sociedades³⁰⁹ (artículos 82 a 85) y la simple participación unilateral de una SA en otra (artículo 86).

Valladolid, 1985, pág.199.

³⁰⁷Cfr. AURIOLES MARTIN, A.: **Leveraged buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas.** "RDBB" núm.51, 1993, pág.665.

³⁰⁸Según el apartado 2 del artículo 74, según la redacción dada por la LSRL de 1995, "las acciones suscritas infringiendo la prohibición del apartado anterior (que establece que en ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias o acciones emitidas por su sociedad dominante) serán propiedad de la sociedad suscriptora. No obstante, cuando se trate de suscripción de acciones propias, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento del capital social, sobre los administradores. Si se tratare de suscripción de acciones de la sociedad dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los administradores de la sociedad dominante". Además, en términos generales se asimilan las operaciones sobre acciones propias a las que realicen las sociedades filiales en relación con las de su sociedad dominante, de forma que cuando se hable en este trabajo de acciones propias habrá que entender que también se consideran como tales las emitidas por la sociedad dominante.

³⁰⁹Según ROJO FERNANDEZ-RIO, A.: **Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias.** en AA.VV.: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. cit. pág.223, "no han sido infrecuentes las compras y ventas simuladas de bienes muebles e inmuebles y, especialmente, de acciones del propio banco o de sociedades filiales o vinculadas a la entidad o a los dirigentes. Concluidos con distintas finalidades (revalorización de activos, ocultación de participaciones recíprocas, etc.), tales contratos son nulos de pleno derecho por carencia absoluta de causa". El tema presenta especial importancia en los grupos de sociedades. Cfr. BROSETA PONT, M.: **Manual de Derecho Mercantil.** Madrid, 1994, págs.395 y siguiente.

La reunión de todas estas operaciones en la misma sección de la Ley se explica en razón a que, en mayor o menor medida, todas pueden afectar a los principios de integración y conservación del capital social³¹⁰ y a los postulados de orden corporativo que ordenan la distribución de poderes en el seno de las sociedades anónimas³¹¹. No obstante, ello no debe

³¹⁰Cfr. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Las participaciones recíprocas en la LSA*. "RDBB" núm.39, 1990, pág.491, quien indica que "las participaciones recíprocas, junto a otras posibles formas de vinculación o relación entre sociedades, conllevan un grave riesgo con respecto a la garantía que representa el capital social". En el mismo sentido, entre otros, vid. CONTI: *Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di)*. cit. pág.769. Por su parte, VELASCO SAN PEDRO, L. A.: *Uniones de empresas y tutela del capital social*. "Jueces para la Democracia" núm.6, 1989, págs.21 y siguientes, llega a hablar de la posibilidad de "subversión de la técnica del capital social" (del mismo autor: *Acciones propias e igualdad de los accionistas (Cuestiones de Derecho de Sociedades y de Derecho de Mercado de Valores)*. "RdS" núm.2, 1994, pág.12), mientras que FERNANDEZ DEL POZO, L.: *Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (art. 81 LSA)*. "RdS" núm.3, 1994, pág.173, afirma que con estas operaciones "se puede crear un mercado artificial", lo que "hace posible la manipulación de las cotizaciones: la financiación estimula la demanda y provoca un alza del precio de las acciones de la compañía". En el mismo sentido, vid. VELASCO SAN PEDRO: *Acciones propias e igualdad de los accionistas*. cit. pág.12. Sobre la identidad de "ratio" entre las disposiciones italianas en materia de acciones propias y participaciones recíprocas, vid. FOFFANI: *Profili penalistici dell'acquisto di azioni proprie da parte della società emittente dopo il d.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30*. cit. pág.482.

³¹¹Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.297. Vid. también DE LA SIERRA FLORES DOÑA en ALONSO UREBA, A. y otros (coords.): *Derecho de Sociedades Anónimas. II. Capital y acciones*. Vol. 2. Madrid, 1994, págs.1395 y siguiente; SANCHEZ-CALERO GUILARTE: *Las participaciones recíprocas en la LSA*. cit. págs.493 y siguientes; PAZ-ARES: *Negocios sobre las propias acciones*. cit. págs.479 y siguientes.

Para los accionistas minoritarios de la sociedad objetivo, el éxito de la operación puede ocasionar un perjuicio a sus intereses como consecuencia de su pertenencia a una sociedad antes rentable y ahora altamente endeudada, que destinará presumiblemente el flujo de caja al pago de la deuda contraída con los financiadores, en lugar de canalizarlo vía dividendos hacia sus socios o destinarlo a la constitución de reservas. También pueden resultar afectados los intereses de los acreedores, que se ven inermes, salvo casos muy concretos, ante el espectáculo de la disminución unilateral del nivel de

ser interpretado como argumento a favor de una identidad práctica de la adquisición de acciones propias y de las participaciones recíprocas y de sus consecuencias, puesto que entre ambos fenómenos existen notables diferencias cuantitativas y cualitativas³¹². Por otro lado, en atención a los riesgos que ofrecen estas operaciones, el sentido general de la normativa es restrictivo³¹³, si bien se admiten

solvencia de su deudor a través del simple expediente de endeudarse más para hacer frente, en definitiva, al pago de la financiación contraída por el nuevo socio mayoritario para hacerse con el control de la sociedad. Cfr. AURIOLES MARTIN: **Leveraged buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas**. cit. págs.648 y siguiente.

En resumen, con esta regulación restrictiva se tratan de conseguir los siguientes fines, a juicio de VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1º. 1991, cit. pág.539: 1º) impedir que mediante el ejercicio de los derechos políticos los administradores de la sociedad o de la sociedad dominante, sin haber realizado aportaciones patrimoniales, ejerzan un poder que sólo corresponde a los accionistas y en proporción a su respectiva participación en el capital; 2º) evitar que, mediante la suscripción directa o la adquisición derivada de acciones propias o de la sociedad dominante con cargo a fondos propios, se produzca el agudamiento del capital social; 3º) impedir que mediante la adquisición por la sociedad de acciones no liberadas, los accionistas transmitentes se liberen del pago de los dividendos pasivos; y 4º) impedir que la sociedad asuma riesgos al margen de su objeto social prestando asistencia financiera para adquirir sus acciones.

³¹²Cfr. PAZ ARES: **Negocios sobre las propias acciones**. cit. págs.609 y siguientes. Vid. ampliamente ALONSO UREBA en ALONSO UREBA y otros: **Derecho de Sociedades Anónimas**. II. 2. cit. págs.1453 y siguiente.

³¹³El Derecho español cumple en este punto las Directivas comunitarias, incluida la Directiva 92/101/CEE. Es más, la regulación española va bastante más allá de lo requerido por esta normativa, no sólo porque la equiparación se extiende a los negocios conexos a la adquisición (aceptación en garantía y asistencia financiera), sino porque además se contempla el problema de las participaciones recíprocas, que sigue sin encontrar un tratamiento adecuado en el Derecho comunitario. Cfr. VELASCO SAN PEDRO: **Modificación de la Segunda Directiva de la CEE en materia de sociedades**. cit. pág.1140.

excepciones en supuestos tasados³¹⁴.

En resumen, se trata de evitar los contratos de adquisición de las propias acciones u obligaciones convertibles por la sociedad emisora o por persona o entidad de ella dependiente y que actúa por cuenta de la misma (por ejemplo, autocartera bancaria, directa o indirecta), y los contratos de participación recíproca, mediata o inmediata, con otras sociedades³¹⁵.

Coincide hoy la generalidad de la doctrina mercantilista europea y española en trasladar al ámbito de las participaciones recíprocas las mismas preocupaciones de política jurídica presentes, como hemos tenido ocasión de ver, en el régimen sobre acciones propias³¹⁶: evitar la desvirtuación del régimen del capital por contravención de los principios de determinación, integración y correspondencia entre capital y patrimonio³¹⁷, y, a su vez, manipulación de la

³¹⁴La LSRL establece, por su parte, limitaciones a la concesión de asistencia financiera por la sociedad a sus propios socios o administradores, con la finalidad de evitar la descapitalización de la misma. En su artículo 10 se exige el acuerdo de la Junta general para cada caso concreto de concesión de préstamos, créditos, garantías y asistencia financiera a sus socios o administradores. Esta limitación no se aplica cuando tales actos se realicen a favor de una sociedad perteneciente al mismo grupo, entendiéndose que éste existe cuando concorra alguno de los supuestos establecidos en el artículo 42 C.Co.

³¹⁵En torno a la eficacia de estos contratos, vid. ROJO FERNANDEZ-RIO: **Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias**. cit. págs.223 y siguientes.

³¹⁶Cfr. ALONSO UREBA en ALONSO UREBA y otros: **Derecho de Sociedades Anónimas**. II. 2. cit. pág.1453.

³¹⁷Según los casos, podría hablarse de una devolución encubierta de aportaciones, de reducción irregular de capital, de disolución parcial sin garantías...

estructura societaria³¹⁸.

Las prestaciones de asistencia financiera por la sociedad para la compra de sus acciones se conocen también como *leveraged buy out* (LBO, literalmente "compra apalancada"). Con ello se alude a la compra de sociedades materializada con una aportación mínima de medios económicos de los compradores y el máximo recurso al endeudamiento de la sociedad adquirida, de forma que una vez consumada la operación el coeficiente de endeudamiento o "apalancamiento" financiero de la sociedad comprada se verá notablemente incrementado³¹⁹. Es, por ejemplo, el caso de un tercero (conocido como "*bidder*" en la jurisprudencia anglosajona) que solicita un préstamo a un Banco y con cargo al mismo adquiere acciones de una determinada sociedad, en número suficiente para hacerse con el control de la misma. De esta forma, una vez concluida la operación el adquirente puede devolver fácilmente el préstamo bancario con cargo al patrimonio de la sociedad, del cual se detrae bien en concepto de préstamo bien a través de una distribución extraordinaria de dividendos³²⁰ (práctica conocida como "*asset stripping*"). El coste de la financiación acaba por ser

³¹⁸Los administradores podrían valerse de las acciones propias para influir en las decisiones de la Junta, desvirtuando el régimen legal de distribución de competencias entre órganos y afectando a la posición jurídica del socio, que vería irregularmente reducido su poder político en la Junta, lo que fundamentalmente afectaría a los socios minoritarios o ajenos al grupo de control. Vid. VELASCO SAN PEDRO: *Acciones propias e igualdad de los accionistas*. cit. pág.12.

³¹⁹En general, sobre los efectos de un sobreendeudamiento en los LBOs, vid. MASCAREÑAS PEREZ-IÑIGO, J.: *La compra con apalancamiento (leverages buy-out)*. "Actualidad Financiera" núm.13, marzo-abril 1989, pág.91; AURIOLES MARTIN: *Leveraged buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas*. cit. págs.640 y siguientes. En el Derecho italiano, ofreciendo amplia información bibliográfica, vid. por todos MORANO, A.: *Liceità o illiceità del leveraged buy-out? "Le società"* núm.7, 1992, págs.885 y siguientes, nota núm.1.

³²⁰Cfr. DE LA SIERRA FLORES DOÑA en ALONSO UREBA y otros: *Derecho de Sociedades Anónimas*. II. 2. cit. págs.1385 y siguiente.

soportado, directa o indirectamente, por la propia sociedad que constituye el objeto de la adquisición. Desde la perspectiva de defensa de la integridad del capital, si la adquisición es derivativa, como consecuencia de la financiación aparece una merma patrimonial sin contrapartida, mientras que si es originaria resulta que dicha adquisición ha sido autofinanciada³²¹. La prohibición a la sociedad de dar asistencia financiera a un tercero para la adquisición de sus propias acciones, establecida en el artículo 81 LSA, resuelve los inconvenientes de tener que recurrir a la normativa civil del fraude de ley como fórmula para impedir que se eludan los propósitos perseguidos por el legislador con la disciplina de las acciones propias³²². En supuestos específicos se permiten excepciones a esta normativa³²³.

³²¹Cfr. FERNANDEZ DEL POZO: *Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera*. cit. págs.171 y siguiente.

³²²Cfr. DE LA SIERRA FLORES DOÑA en ALONSO UREBA y otros: *Derecho de Sociedades Anónimas*. II. 2. Sobre el LBO como negocio realizado en fraude de ley, vid. MORANO: *Liceità e illiceità del leveraged buy-out?*. cit. págs.891 y siguientes.

³²³Así, en el artículo 81. 2 LSA se concede autorización a las SA para que puedan facilitar asistencia financiera al personal de su empresa para la adquisición de sus propias acciones o las de alguna sociedad perteneciente a su mismo grupo empresarial. No obstante, el texto español no ha incorporado otra excepción del mismo calado, prevista en el artículo 19. 3 de la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, a propósito de la dispensa de ciertos requisitos para la adquisición de sus propias acciones por la sociedad o por persona interpuesta que actúe por su cuenta, dirigidas al personal de la empresa. Cfr. AURIOLES MARTIN: *Leveraged buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas*. cit. pág.639 en nota.

Así, siguiendo el mecanismo establecido por el Derecho comunitario, la operación de compra de la sociedad por el personal de la empresa se caracteriza, en su formulación más pura, por el hecho de financiarse gracias a la asistencia prestada por la propia sociedad objetivo. Sobre la mecánica de desarrollo de estas operaciones, vid. GARCIA FERNANDEZ, E.: *Management buy-out*. "Dirección y Progreso" núm.93, 1987, págs.51 y siguientes.

La doctrina niega en general que dicho régimen sea aplicable a los negocios de asistencia financiera concertados por quienes ostentan competencias dentro del órgano de

El sistema mercantil se cierra con los artículos 87 y 88 LSA, que establecen en primer lugar la remisión al concepto de sociedad dominante del artículo 42. 1 C.Co. (que, procedente de la Séptima Directiva y fundado en datos formales, evita entrar en la investigación acerca de si se ejerce o no dirección unitaria sobre la sociedad dominada adquirente de sus acciones); y en segundo lugar, se regula el régimen de la celebración de negocios prohibidos por esta sección a través de persona interpuesta³²⁴.

El incumplimiento de esta normativa conlleva la imposición de una multa a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción³²⁵, "por importe de hasta el valor nominal de las acciones suscritas, adquiridas por la sociedad o por un tercero con asistencia financiera, o aceptadas en garantía o, en su caso, las no enajenadas o amortizadas. Para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los accionistas de la misma, y a terceros" (artículo 89 LSA, en la redacción dada al mismo por la nueva LSRL, Disposición Adicional Segunda). Se trata de una auténtica

administración de la sociedad, puesto que se produciría un conflicto de intereses en la actuación de los administradores, en los cuales coincidirían al tiempo las cualidades de representantes de la sociedad y de compradores.

³²⁴Se distinguen dos supuestos: a) si el negocio jurídico es de los permitidos a la ~~sociedad~~ por cuya cuenta actúa la persona interpuesta, queda sometido a la misma normativa que si lo realizara la sociedad (artículo 88. 2); b) si por el contrario el negocio está prohibido a la sociedad, se considera válido entre la persona interpuesta y el tercero, y sin efectos sobre la sociedad, declarando nulo el mandato dado por ésta (artículo 88. 1).

³²⁵Se consideran además como administradores no sólo a los miembros del Consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora (artículo 89. 3).

contravención administrativa³²⁶. De acuerdo con el apartado 5 del artículo 89, "la competencia para la iniciación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores resultantes de lo dispuesto en la presente Sección se atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el caso de que el expediente sancionador recayera sobre los administradores de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, o sobre los administradores de una entidad integrada en un grupo consolidable de entidades financieras sujeto a la supervisión del Banco de España o de la Dirección general de Seguros, la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará a las mencionadas entidades supervisoras la apertura del expediente, las cuales deberán también informar con carácter previo a la resolución".

El régimen jurídico de las entidades de crédito ha sido objeto de Directivas comunitarias específicas, destinadas a lograr un mercado interior del crédito en el ámbito de la Comunidad europea. Es necesario tener presente, entre otras, las siguientes:

- Directiva 73/183/CEE, de 28 de junio de 1973³²⁷, sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta de los bancos y otras entidades financieras.

- Primera Directiva 77/780/CEE, de 12 de diciembre de 1977³²⁸, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio,

³²⁶Sobre la regulación anterior a la LSRL de 1995, vid. ampliamente GARCIA LUENGO en ALONSO UREBA y otros: Derecho de Sociedades Anónimas. II. 2. cit. págs.1506 y siguientes.

³²⁷Vid. DO n.º L 194, de 16 de julio de 1973.

³²⁸Vid. DO n.º L 332, de 17 de diciembre de 1977.

modificada por la Directiva 86/524/CEE, de 27 de octubre de 1986³²⁹, por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE en lo que respecta a la lista de exclusiones permanentes de determinadas entidades de crédito.

- Recomendación de la Comisión 87/62/CEE, de 22 de diciembre de 1986³³⁰, sobre vigilancia y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito.

- Recomendación de la Comisión 87/63/CEE, de 22 de diciembre de 1986³³¹, relativa al establecimiento de sistemas de garantías de depósitos en la Comunidad.

- Directiva 89/299/CEE, de 17 de abril de 1989³³², relativa a los fondos propios de las entidades de crédito, recientemente modificada por la 92/16/CEE.

- Directiva 89/647/CEE, de 18 de diciembre de 1989³³³, sobre coeficiente de solvencia de las entidades de crédito. El coeficiente establece la proporción mínima entre los recursos propios y la suma de los activos, las posiciones y las cuentas de orden ponderados por el grado de riesgo que conllevan. Con esta normativa se pretende contribuir a la armonización de la supervisión cautelar y al reforzamiento de las normas de solvencia de las entidades de crédito comunitarias, de modo que queden protegidos tanto los depositantes como los inversores, al mismo tiempo que se garantiza la estabilidad del sector bancario.

³²⁹Vid. DO n.º L 309, de 4 de noviembre de 1986.

³³⁰Vid. DO n.º L 33, de 4 de febrero de 1987.

³³¹Vid. DO n.º L 33 de 4 de febrero de 1987.

³³²Vid. DO n.º L 124, de 5 de mayo de 1989.

³³³Vid. DO n.º L 386, de 30 de diciembre de 1989.

Esta amplia regulación pretende el establecimiento de instrumentos de protección de la estabilidad patrimonial y financiera de las entidades de crédito, mediante la tutela de su solvencia y el mantenimiento de un equilibrio entre los créditos concedidos y los recursos propios. Con la misma finalidad de proteger la solidez patrimonial y la solvencia de estas entidades se establece una estricta disciplina de concentración de riesgos, de forma que se establecen límites máximos a los riesgos que puedan contraerse con una misma persona o grupo económico y, en general, a las operaciones que impliquen riesgos elevados para la solvencia de la entidad, pudiéndose graduar según la clase de entidad de crédito de que se trate. Y todo ello porque las entidades de crédito operan con un grado de endeudamiento muy superior al de cualquier otra empresa, al operar fundamentalmente con fondos ajenos disponibles a la vista, basándose su estabilidad en la confianza de sus depositantes. Los cálculos técnicos aseguran la liquidez y disponibilidad en situaciones normales pero no ante demandas generalizadas de los fondos, las cuales dan lugar a las crisis bancarias. De ahí surge la necesidad de garantizar su estabilidad, armonizando y coordinando los objetivos de liquidez, solvencia y rentabilidad³³⁴.

Las crisis de las entidades bancarias traen causa de razones distintas. En ocasiones, nos encontramos con entidades que llegan a tal situación habiendo actuado de forma correcta desde una perspectiva jurídica, e incluso en la más pura ortodoxia de las buenas prácticas bancarias. No obstante, en otros casos más habituales la situación de crisis se alcanza por una reiterada inobservancia de las normas que regulan la disciplina jurídica del crédito, o por la ejecución de prácticas que, aun no siendo ilegales, pueden entenderse

³³⁴Cfr. GONZALEZ VAZQUEZ en ALONSO UREBA, A./ MARTINEZ-SIMANCAS Y SANCHEZ, J. (dirs.): *Derecho del Mercado Financiero. I. Entidades del Mercado Financiero. Caracterización y régimen*. 1. Madrid, 1994, págs.110 y siguiente.

contrarias a la diligencia de un buen comerciante³³⁵. Frecuentemente los expertos³³⁶ han denunciado que en las entidades bancarias en crisis ha sido habitual que el propio Banco concediera a sus accionistas, con el fin de adquirir las propias acciones, créditos que eran prorrogados indefinidamente; también se ha llevado a cabo la suscripción de esas acciones por el propio Banco, de forma indirecta, a través de sociedades filiales o controladas³³⁷; se ha concentrado la concesión de créditos a favor de sociedades del propio grupo; las ampliaciones de capital del Banco fueron en no pocas ocasiones ficticias, fruto de puros asientos contables sin ingreso efectivo de dinero alguno, etc.

Con el fin de prevenir algunas conductas peligrosas para la integridad del capital social de las entidades de crédito, se ha aprobado la Directiva 92/121/CEE, de 21 de diciembre de 1992, sobre supervisión y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito³³⁸. Esta Directiva parte de la consideración de que una excesiva concentración de riesgos en un único cliente o grupo de clientes conlleva la asunción de un riesgo inaceptable susceptible de perjudicar la solvencia

³³⁵Señala BAUER, E.: **Las crisis bancarias en la RFA.** en AA.VV.: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. cit. pág.49; que "en un segundo nivel de causas de las crisis bancarias encontraríamos las acciones delictivas (fraude, malversación, abuso de confianza, falsificación de balances) de los propietarios o gerentes de las entidades junto a la incapacidad general de sus directivos".

³³⁶Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: **Panorama general de las crisis bancarias.** cit. págs.24 y siguientes.

³³⁷Según denuncia FANJUL DE ALCOCER, J.: **Aspectos jurídicos de las crisis bancarias en España.** en AA.VV.: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. cit. pág.141, la Inspección del Banco de España ha llegado a encontrar casos de pequeños Bancos que mantenían una red de cerca de cuatrocientas sociedades interrelacionadas económicamente, pero evitando en todo momento los vínculos jurídicos que habrían determinado la filialidad y, con ella, las limitaciones que impone la legislación mercantil a la participación en estos casos.

³³⁸Vid. DOCE n.º L 29, de 5 de febrero de 1993.

de la entidad³³⁹. Aborda también la asunción por una entidad de crédito de riesgos frente a su sociedad dominante o a las demás sociedades del grupo, supuesto en el cual no sólo se impone una especial prudencia, sino que se debe asegurar que la gestión de tales riesgos se realiza "con absoluta autonomía, dentro del respeto de los principios de una sana gestión bancaria, fuera de toda consideración ajena a dichos principios"³⁴⁰.

Obviamente, no es éste el lugar para proceder a una exposición detallada del contenido de la Directiva que nos ocupa. Señalemos simplemente que se establece un límite general consistente en prohibir que una entidad de crédito asuma riesgos con un mismo cliente o grupo de clientes cuyo valor total supere el 25 por ciento de sus fondos propios. Es un "gran riesgo" el contraído con un cliente o grupo de clientes con un valor igual o superior al 10 por ciento de los fondos propios de la entidad de crédito (artículo 3. 1). Además, el valor acumulado de los grandes riesgos de una misma entidad no podrá superar el 800 por ciento de los fondos propios (artículos 3 y 4. 1). Se impone también un deber a toda entidad de crédito de notificar a las autoridades competentes en cada Estado las operaciones de gran riesgo.

El contenido de esta Directiva no pudo ser tenido en cuenta en la redacción de la Ley española 13/ 1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras. A pesar de ello, ya el artículo 6. 3 de la Ley 13/ 1985, en la redacción dada por la Ley 13/ 1992, contempla el desarrollo reglamentario de las "operaciones o

³³⁹En prevención de este riesgo se adoptó en su día la Recomendación 87/62/CEE de la Comisión (vid. DO n.º L 33 de 4 de febrero de 1987, pág.10), que ahora es sustituida por un acto vinculante y de aplicación general a todas las entidades de crédito comunitarias.

³⁴⁰Vid. Exposición previa al articulado de la Directiva 92/121/CEE.

posiciones que impliquen riesgos elevados para la solvencia de las entidades". El desarrollo reglamentario del tratamiento de los grandes riesgos, en línea con la Directiva que comentamos, se ha producido a través del artículo 30 del Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, de desarrollo de la Ley 13/1992³⁴¹.

Como vemos, la protección mercantil del capital social es amplia en su formulación, estableciendo fuertes controles preventivos³⁴² que se estiman especialmente oportunos en el ámbito bancario³⁴³. La regulación penal en este sector debe dirigirse a reforzar los preceptos mercantiles, potenciando su función preventiva y adelantando la punición a los casos en que aun no se ha materializado un daño económicamente valorable. En el caso de las entidades bancarias hay una circunstancia que destaca de forma indiscutible: la protección de la buena fe y de la confianza de los depositantes es el dato constante, expresado desde antiguo, en el que la intervención de los poderes públicos en la actividad bancaria encuentra su justificado y lógico título de intervención³⁴⁴. Tanto la

³⁴¹Vid. ampliamente TAPIA HERMIDA, A. J.: **La nueva normativa sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de entidades financieras**. "RDBB" núm.47, 1992, págs.868 y siguientes.

³⁴²Fue la ausencia de estos controles preventivos la razón que motivó una tutela penal reforzada de la etapa inicial de la vida de las sociedades en el Derecho penal societario histórico. Cfr. MAZZACUVA: **Problemi attuali di Diritto penale societario**. cit. pág.14.

³⁴³Señala BERTHOD, M.: **Aspectos jurídicos de las crisis bancarias en Francia**. en AA.VV.: **Aspectos jurídicos de las crisis bancarias**. cit. págs.73 y siguientes, que el desconocimiento en Francia de crisis bancarias propiamente dichas como fenómeno general se ha debido a que el marco legal y reglamentario en que se mueven los Bancos franceses está concebido para evitar las crisis, haciendo hincapié en la prevención. En Italia, vid. por todos NIGRO, A.: **La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive**. "Diritto della Banca e del mercato finanziario" 1992, págs.421 y siguientes.

³⁴⁴Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: **Panorama general de las crisis bancarias**. cit. pág.34.

legislación mercantil como la penal deben garantizar la tutela de la confianza, no sólo como protección y garantía de situaciones individuales, sino también en cuanto la misma es elemento imprescindible el desarrollo del tráfico mercantil. Ahora bien, se manifiesta aquí la conexión existente entre los preceptos protectores de la integridad del capital social y los que garantizan la veracidad de las informaciones sociales, puesto que no es posible aplicar los primeros si no se conoce la situación real de la sociedad.

Así pues, el capital social puede asumir autonomía como objeto de protección penal, aun en su indiscutible instrumentalidad, en atención a su importancia clave como garantía de los acreedores y como instrumento esencial del ejercicio de la actividad mercantil³⁴⁵. No obstante, no ha sido ésta la opción elegida por los autores del PCP de 1980, de la PANCP de 1983, del PCP de 1992 o del reciente PCP de 1994. Unicamente el artículo 295 de la PANCP de 1983 sancionaba ciertas modalidades de ataques al capital social consistentes en aparentar su desembolso inicial o su revalorización por plusvalías pero, como denunció en su día TERRADILLOS BASOCO, omitiendo cualquier referencia a las conductas de menoscabo directo de ese capital, omisión particularmente llamativa "porque la distribución de dividendos ficticios o no distribuibles es la forma más común de disminución fraudulenta del capital social"³⁴⁶. Cabe señalar que el artículo 14. 1 lit a) de la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, prohíbe no sólo la distribución del capital y las reservas no susceptibles de disposición, sino también la de los beneficios mismos hasta el límite de las pérdidas eventuales sobrevenidas con directa incidencia sobre el capital y/ o las

³⁴⁵COLIVA: *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci*. en MAZZACUVA, N. (a cura di): *I reati societari*. Padova, 1992, pág.183.

³⁴⁶TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.98.

12

mencionadas reservas³⁴⁷.

4. 3. 3. Veracidad de las informaciones sociales.

En primer lugar, corresponde diferenciar claramente dos nociones próximas, aunque no sinónimas: información y publicidad³⁴⁸, términos ambos que pueden abarcar una variedad de significados. La información se transforma en publicidad cuando el interés por conocer la situación real de la sociedad se extiende más allá del círculo de socios y acreedores actuales para invadir el del público en general, colectivo en el que se incluyen futuros socios y futuros acreedores. De esta forma, cabe señalar que la información se corresponde con la esfera social interna, mientras que la publicidad se actúa mediante el Registro mercantil, correspondiendo pues a la esfera externa, no obstante lo cual la publicidad tiene también por objeto informar, mientras que la contabilidad, tema clásico del derecho de información de los socios, informa a quienes no lo son³⁴⁹. Así, en lo tocante a la información en sentido

³⁴⁷FERNANDEZ DE LA GANDARA, L.: **Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español**. "Documentación Administrativa" núm.2027-1984, pág.237.

³⁴⁸Vid. MANTOVANI, F.: **Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa**. "Ind. pen." 1987, págs.11 y siguientes, quien en su completo estudio sobre el Derecho penal de la información distingue implícitamente ambas nociones.

³⁴⁹Cfr. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: **Una vez más en torno al tema del derecho de información del accionista en la sociedad anónima**. en AA.VV.: **Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a R. Uría**. Madrid, 1978, pág.175. De esta forma, a la esfera externa pertenecen las tradicionales informaciones dirigidas a garantizar la transparencia cualitativa (veracidad) y cuantitativa (complitud) del balance y de las comunicaciones dirigidas al público, así como las que la sociedad debe suministrar a los órganos de vigilancia del mercado mobiliario, al Banco de España, al Fisco, etc., mientras que dentro de la esfera interna se encuadran las dirigidas a los socios. Cfr.

amplio cabe distinguir cuando menos tres fases: la primera se limita a la publicidad mediante la inscripción en el Registro mercantil³⁵⁰; en la segunda fase, se configura como un derecho del accionista, de los obligacionistas, de los representantes de los trabajadores, etc., a la información, independientemente de que los temas versen sobre hechos ya sometidos a la publicidad del Registro; por último, existe un deber legal de información que se impone a las sociedades que apelan al crédito público, llevando sus acciones a la Bolsa³⁵¹.

La exigencia legal de hacer accesible a la generalidad un número cada vez mayor de hechos y datos, no sólo mediante la inscripción en el Registro mercantil o su publicación en Boletines oficiales, sino también a través de la publicidad informativa, confirma el proceso de "socialización" de la sociedad mercantil y muy especialmente de la anónima, provocado por la extensión e importancia de los intereses que se cobijan a su amparo³⁵². Los cambios y alteraciones socio-económicos

MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. págs.12 y siguiente. No obstante, la distinción que hemos acogido en el texto no es unánimemente aceptada en la doctrina. Como ejemplo de una posición que no diferencia entre publicidad e información, vid. por todos FRANCESCHELLI, R.: *L'informazione societaria e le Direttive C.E.E.* "Riv. dir. comm." 1982 I y II, págs.257 y siguiente.

Hoy puede encontrarse una relación entre el desarrollo de los nuevos instrumentos de información social, tanto de carácter interno como externo a la sociedad mercantil, y las nuevas exigencias de tutela, como veremos en este apartado.

³⁵⁰El artículo 23 del C.co. regula la publicidad a través del RM, habiendo sido objeto de desarrollo por los artículos 77 y siguiente del RRM. Vid. ampliamente SELVA SANCHEZ, L. M.: *Depósito y publicidad de las cuentas anuales*. "Derecho de los Negocios" núm.33, 1993, págs.3 y siguientes.

³⁵¹Vid. GARRIGUES: *Hacia un nuevo Derecho mercantil*. cit. págs.173 y siguientes.

³⁵²Esta tendencia se impulsa en particular desde dos sectores del Ordenamiento jurídico, que son el Derecho de sociedades y el Derecho bursátil. Vid. CORTES, L. J.: *Funciones de la Sociedad Anónima: legislación y práctica española*. "Cuadernos de los Studia Albornotiana", Zaragoza, 1989, pág.47; BERCOVITZ, A.: *El Derecho del mercado de capitales*. "RDBB"

producidos en el último cuarto de siglo, al afectar a la actuación de las grandes empresas, afectaron también a la organización interna de su forma social, repercutiendo sobre los planteamientos en materia de información y aconsejando la implantación de nuevos y más eficaces métodos, resortes o instrumentos informativos, no sólo en favor de los intereses meramente privados de los socios sino también de los inversores en general, de los acreedores, de las propias sociedades, del personal de las mismas y de los intereses públicos ligados a la economía nacional³⁵³. Todos esos nuevos factores han conducido a un progresivo reforzamiento de la información como instrumento de control directo o indirecto de la gran sociedad anónima, de esa sociedad abierta a la financiación anónima del mercado de capitales, donde la información constituye un medio básico de control con el que se intenta contrapesar, en cierto sentido, el debilitamiento de la posición del socio como consecuencia del fraccionamiento del accionariado. Ello sin olvidar el papel fundamental que asume la información en el ejercicio de las funciones de vigilancia y control que corresponden a ciertos órganos sociales, organismos oficiales y auditores³⁵⁴.

Se tiende de este modo hacia una política informativa cuyas líneas directrices persiguen la consecución de una información social más completa, más veraz y más pública.

núm.29, 1988, págs.67 y siguientes, en especial págs.102 y siguiente.

³⁵³Cfr. URÍA, R. / MENENDEZ, A. / MUÑOZ: **La Junta general de accionistas**. en URÍA/ MENENDEZ/ OLIVENCIA (dirs.): **Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles**. Tomo V. Madrid, 1992, pág.240.

³⁵⁴Cfr. FRANCESCHELLI: **L'informazione societaria e le Direttive C.E.E.** cit. págs.259 y 267 y siguiente, con especial énfasis en la relación del control con la información en las Directivas y Proyectos relativos al mercado mobiliario. Vid. también GARCIA VILLAVARDE: **Derecho a la información del socio y del administrador**. cit. págs.21 y siguientes.

La punición de las falsedades en la información social constituye un núcleo capital e históricamente constante del Derecho penal societario³⁵⁵. Y es que un sistema de información sólo puede cumplir de modo efectivo sus fines si, además de completo, es también veraz, es decir, si se lleva de modo que pueda ofrecer una imagen fiel de la situación jurídica y económica de la sociedad³⁵⁶.

La importancia del objeto de protección, consistente en la veracidad de las informaciones sociales³⁵⁷, veracidad que

³⁵⁵Cfr. MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. pág.36; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.70. En este sentido, ha señalado PEDRAZZI, C.: *Profili penali dell'informazione societaria*. En AA.VV: *L'informazione societaria*. II. Milano, 1982, pág.1129, recogiendo una opinión común en la doctrina, que ello sucede "probabilmente perché la repressione penale costituisce ab immemorabili lo strumento principe di lotta contro la falsità", de forma que la norma penal en materia de falsas comunicaciones sociales aparece como "appendice del diritto penale convenzionale, piuttosto che come fattispecie sostanzialmente innovativa". Conviene tener en cuenta, no obstante, que el tratamiento de los aspectos penales de la información ha oscilado generalmente en torno a dos polos: las falsas comunicaciones sociales y la divulgación de informaciones sociales reservadas, según que la norma penal pretenda primordialmente garantizar la veracidad y corrección de la información o bien impedir que se haga pública la información reservada. Cfr. MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.11. En este estudio analizaremos la divulgación de informaciones sociales reservadas en el apartado dedicado al deber de fidelidad de los órganos sociales, puesto que consideramos se trata antes de un problema de infidelidad que de veracidad en las informaciones sociales. Vid. *infra*.

³⁵⁶Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: *La Junta general de accionistas*. cit. págs.241 y siguiente.

³⁵⁷En esta expresión incluyo todo tipo de información proveniente de los órganos de la sociedad mercantil y relativa a la situación jurídico-patrimonial de la misma.

En la doctrina italiana se ha tratado de individualizar más claramente el "único" interés tutelado, que se ha querido ver en el interés de los socios y acreedores sociales a la "leale e fedele rappresentazione della situazione economica dell'azienda", en palabras de GALLO, E.: *Forma dei reati e funzione del danno in talune norme penali societarie*. "Ind. pen." 1971, pág.395; o en el interés del destinatario de la

1

permita reflejar fielmente la situación jurídica y económica de la entidad, se manifiesta ya a nivel comunitario, en el cual la Primera Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, sobre sociedades, tiene por finalidad coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en cada Estado miembro a las sociedades, para proteger los intereses de los socios y de los terceros en materia de publicidad, validez de los actos realizados en nombre de la sociedad y nulidad de las sociedades.

Esta Primera Directiva se ocupa en primer lugar de la publicidad de determinadas relaciones jurídico-societarias, así como de los medios para llevarla a cabo y los efectos que de la misma derivan (artículos 2 a 6). Son objeto de publicidad obligatoria los actos e indicaciones referentes a la estructura jurídica de la sociedad, así como los datos personales y facultades conferidas a los socios miembros de los órganos de gestión, representación y control. Quedan igualmente comprendidas las indicaciones de carácter financiero relativas al importe del capital suscrito cuando la escritura de constitución o los Estatutos mencionen un capital autorizado. La filosofía de esta Primera Directiva se resume, pues, en que la publicidad debe permitir a los terceros conocer los actos esenciales de la sociedad y quienes tienen el poder de obligarla; limitar en lo posible las causas de invalidez de las

comunicación "a non essere ingannato da informazioni suscettibili di determinare fatti economicamente pregiudizievoli", según postula GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. pág.86; o bien en el interés consistente en ofrecer un "controllo assolutamente trasparente della gestione sociale a tutti coloro che partecipano alla società e che non hanno poteri di gestione", como señala MUSCO, E.: *Bilanci 'anormali' e false comunicazioni sociali: identificazione inevitabile?*. "Giur. comm." 1981 II, pág.511. Me parece que todos estos intereses no son incompatibles entre sí, antes bien, se complementan y confluyen armoniosamente en la tutela de la veracidad en las informaciones sociales. Reconoce la entidad de este interés como objeto de tutela penal, entre otros, KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.207.

obligaciones asumidas en nombre de la sociedad; y limitar los casos de nulidad y los efectos retroactivos de las declaraciones de nulidad³⁵⁸.

Por otra parte, el Derecho comunitario también ha considerado de gran importancia la regulación del Derecho contable europeo. La tutela otorgada al derecho de información se complementa necesariamente con la protección de la regulación legal del balance, como piedra angular que es de la contabilidad³⁵⁹. El Derecho europeo de sociedades tiende hacia un creciente desarrollo analítico del sistema de cuentas, acompañado de una información complementaria que persigue no sólo la mejor comprensión de los datos contables, sino también su aplicación a otros hechos no recogidos en los documentos contables, pero no por ello de menor importancia para los socios e inversores³⁶⁰. La Cuarta Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, tiene por finalidad coordinar las legislaciones nacionales sobre estructura y contenido de las cuentas anuales y de la memoria de gestión, los métodos de valoración, la publicidad de estos documentos, así como su control y revisión, para proteger por esta vía los intereses de los socios y terceros acreedores. Para garantizar el rigor y exactitud de las cuentas anuales, de forma que ofrezcan "la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad" (artículo 208 LSA), se atribuye la comprobación de tales extremos a expertos independientes. De esta forma se evitan las críticas que formularon eminentes

³⁵⁸FRANCESCHELLI: *L'informazione societaria e le Direttive C.E.E.* cit. pág.262.

³⁵⁹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios.* cit. pág.76. Debemos tener en cuenta que el artículo 2 de la Cuarta Directiva 78/660/CEE, de 25 julio 1978, indica que "las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la Memoria. Estos documentos formarán una unidad".

³⁶⁰Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: *La Junta general de accionistas.* cit. pág.241.

mercantilistas, como POLO, URIA y GARRIGUES, entre otros, a la realidad vivida en la sociedad anónima española antes de la reforma de 1989, caracterizada por la falta de precisión y transparencia de la contabilidad y por la ausencia de rigor en la censura de cuentas, al ser frecuente que los accionistas censores no examinaran seriamente los libros sociales y se acomodaran a la influencia de los administradores.

La tutela penal del balance se convierte, de esta forma, en pieza clave del Derecho penal societario. Y ello no sólo por su importancia intrínseca, sino porque puede afirmarse con DI NICOLA que muy a menudo la falsificación de balances se configura como un medio utilizado por los delincuentes económicos para la comisión de otros graves delitos³⁶¹.

Ahora bien, sin negar la ya subrayada importancia del balance hemos de tener en cuenta otros documentos no menos relevantes a los efectos que nos interesan, como son las cuentas consolidadas. Ante la estructura del mundo empresarial de nuestros días, la información no puede limitarse al desarrollo analítico de las cuentas de las distintas sociedades independientes y aisladas, sino que es necesario proyectarla en el plano de las uniones o grupos de empresas, ofreciendo una representación global de la composición económica y financiera del grupo, mediante la imposición de balances consolidados. En conexión con el proceso de armonización de las disposiciones sobre rendición de cuentas de las sociedades, llevada a cabo a través de la Cuarta Directiva, se ha dictado la Séptima Directiva 83/349/CEE, de 16 de mayo de 1983, sobre balances consolidados de los grupos de sociedades. Los aspectos más destacados, aparte de la flexibilidad normativa en cuanto a la delimitación conceptual del grupo, se refieren a la obligación

³⁶¹DI NICOLA, E.: La falsificazione dei bilanci come strumento di criminalità economica. En AA.VV.: Il diritto penale europeo dell'economia. Incontro di studio e documentazione per i magistrati (Siracusa 1982). Roma, 1983, págs.120 y siguientes.

de la empresa sometida al control del grupo de redactar el balance del grupo y un informe sobre la gestión del mismo, exigencia que se concreta con la inclusión dentro de este cuadro explicativo del estado patrimonial consolidado, la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada y la Memoria. En cuanto a la estructura del balance de ejercicio, deberá ofrecer un cuadro fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del grupo, debiendo ser atendidos para su elaboración los principios de veracidad, representación fiel y correcta de la realidad económica y claridad³⁶². El fin de esta Directiva coincide con el de la Cuarta, esto es, lograr un nivel mínimo de protección de accionistas, trabajadores y terceros³⁶³. Como ha señalado TERRADILLOS BASOCO³⁶⁴, "parece obvio que si la específica problemática originada en los grupos de sociedades, por su trascendencia, ha llevado al legislador comunitario a incrementar los mecanismos de control y a asegurar la fidelidad de la información difundida, la misma protección penal que se dispensa a los balances de una sociedad, se ha de brindar a las cuentas consolidadas del grupo".

En el ámbito altamente específico de las entidades de crédito, y con el fin de potenciar los mecanismos preventivos de las crisis bancarias³⁶⁵, se han aprobado, entre otras, las siguientes Directivas:

³⁶²FERNANDEZ DE LA GANDARA/ CALVO. CARAVACA: *Derecho Mercantil Internacional*. cit. pág.70.

³⁶³Cfr. EMBID IRUJO, J. M.: *Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y Novena Directivas)*. en GARCIA DE ENTERRIA (dir.): *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. III. cit. págs.91 a 103.

³⁶⁴TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.77.

³⁶⁵Cfr. CLAROTTI, P.: *Iniciativas de la Comisión de las Comunidades Europeas en orden a evitar las crisis bancarias: mecanismos de garantía*. en AA.VV.: *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*. cit. pág.150.

- Directiva 83/350/CEE, de 13 de junio de 1983³⁶⁶, relativa a la vigilancia de las entidades de crédito basada en su situación consolidada. Ciertas crisis en la década de los setenta habían afectado a las filiales bancarias o simplemente financieras de algunos establecimientos de crédito, poniendo de manifiesto el carácter ilusorio de la limitación legal de la responsabilidad de las sociedades matrices al capital invertido en sus filiales. Se convierte en prácticamente obligatorio el salvamento de las filiales por parte de sus sociedades matrices, creándose así una nueva categoría de riesgos que el control bancario tradicional no estaba en situación de vigilar³⁶⁷. La Directiva 92/30/CEE, modificada por la Directiva 6/93/CEE, refuerza la supervisión de las entidades de crédito que forman parte de un grupo, mediante la ampliación del ámbito de la supervisión consolidada a los grupos bancarios cuya matriz no sea una entidad de crédito.

- Directiva 86/635/CEE, de 8 de diciembre de 1986³⁶⁸, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras. Se pretende garantizar la transparencia de las cuentas de los Bancos en el plano comunitario, constituyendo indirectamente un instrumento que permite descubrir a tiempo la presencia de indicios que son característicos de la aparición de una crisis³⁶⁹.

- Directiva 89/117/CEE, de 13 de febrero de 1989³⁷⁰,

³⁶⁶Vid. DO n.º L 193, de 18 de julio de 1983.

³⁶⁷Cfr. CLAROTTI: *Iniciativas de la Comisión de las Comunidades Europeas en orden a evitar las crisis bancarias*. cit. pág.151.

³⁶⁸Vid. DO n.º L 372, de 31 de diciembre de 1986.

³⁶⁹CLAROTTI: *Iniciativas de la Comisión de las Comunidades Europeas en orden a evitar las crisis bancarias*. cit. pág.152.

³⁷⁰Vid. DO n.º L 44, de 16 de febrero de 1989.

relativa a las obligaciones en materia de publicidad de los documentos contables de las sucursales, establecidas en un Estado miembro, de entidades de crédito y de entidades financieras con sede social fuera de dicho Estado miembro.

Es evidente el interés que ha puesto el legislador comunitario en la contabilidad bancaria. Dicho interés tiene su origen en la observación, contrastada en repetidas ocasiones³⁷¹, que vincula las irregularidades en la contabilización de las operaciones bancarias (por ejemplo, no se registran créditos de firma de avales bancarios, se anotan operaciones convenidas entre empresas del propio grupo que deban dar lugar a beneficios imaginarios, etc.) con el deseo de ocultar una gestión ilícita o irregular por parte de los administradores de la entidad bancaria.

En el ámbito nacional, la normativa sobre contabilidad establecida para las Entidades de Crédito está integrada por el Código de comercio, el Plan General de Contabilidad y la Circular 4/ 1991, de 14 junio 1991, del Banco de España (BOE 27 junio), sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros de las entidades de crédito, en vigor desde el 1 enero 1992³⁷², que ha sido con posterioridad reformada en reiteradas ocasiones. Esta regulación tiene la finalidad de que los estados contables y financieros de las entidades de crédito den "una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de riesgos y de los resultados de la entidad, debiendo reflejar con exactitud el curso de las operaciones"³⁷³, pero dando especial importancia al principio de prudencia

³⁷¹Vid. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: **Panorama general de las crisis bancarias.** cit. págs.24 y siguiente.

³⁷²Según el artículo 11 de la Ley 13/ 1989, las Cooperativas de Crédito llevarán su contabilidad de acuerdo con la normativa establecida para las entidades de crédito. Vid. más ampliamente VICENT CHULIA: **El nuevo estatuto jurídico de la Cooperativa de Crédito (II).** cit. págs.305 y siguientes.

³⁷³Número 1 de la norma segunda de la Circular 4/ 1991.

valorativa, que prevalecerá en caso de conflicto con otras normas contables. Esta disciplina respeta, en fin, los principios generales, cumpliendo asimismo las especialidades establecidas en la Directiva 635/ 1986 sobre esquema de balance, conceptos contables, esquema de cuenta de pérdidas y ganancias, normas de valoración, etc., y por la Directiva 117/ 1989, sobre obligaciones en materia de publicidad de los documentos contables de las sucursales de entidades financieras con sede en otro Estado miembro.

También cabe señalar que las extensas regulaciones comunitaria y nacional se fundamentan, en primer lugar, en el propio sentido y fin de la contabilidad. En efecto, sin una contabilidad regular no es posible dar pasos seguros en el terreno movedizo de los negocios³⁷⁴. Y si bien en el empleo de la contabilidad han jugado inicialmente razones puramente económicas o técnicas, más tarde el Derecho ha reconocido que la protección de los socios debe basarse en su derecho de control sobre la marcha de la sociedad, esto es, sobre la contabilidad, y ello puesto que aportaron bienes para la explotación económica y están a la espera de los resultados económicos que se puedan obtener a resultas de la gestión social³⁷⁵. Asimismo³⁷⁶ ha sido tenido en consideración el

³⁷⁴Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.65.

³⁷⁵Cfr. BROSETA PONT, M.: *Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la "verificación" contable en el Código de Comercio*. en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a R. Uría*. cit. pág.61. Se tiene en cuenta el interés de los socios en el doble concepto de acreedores permanentes de la sociedad y en el de propietarios de la empresa, casi siempre apartados de su gestión. Cfr. SELVA SANCHEZ: *Depósito y publicidad de las cuentas anuales*. cit. pág.2. Como ya hemos avanzado *supra*, una correcta información es presupuesto indispensable del ejercicio de la función de control. No obstante, reflejando una tendencia de la jurisprudencia italiana a disociar el derecho de información en cuestión de la pura y simple cualidad de socio, que no se considera ya una situación legitimante por sí misma, vid. ampliamente FRANCESCELLI: *L'informazione societaria e le Direttive C.E.E.* cit. págs.260 y siguiente.

interés de los acreedores sociales en contar con la garantía de una administración ordenada³⁷⁷; el interés de los trabajadores³⁷⁸; el interés del propio Estado, que quiere conocer por razones económicas y fiscales la marcha de las empresas y los resultados de su actividad³⁷⁹; y el interés de terceros interesados en entrar en contacto con la sociedad, que desean saber con precisión los riesgos de una posible relación³⁸⁰. La contabilidad ha dejado de considerarse

³⁷⁶Debo puntualizar que el legislador ha tenido en cuenta los intereses de una amplia serie de sujetos que, sin embargo, no considera *uti singuli*, sino como categoría. Cfr. MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. págs.14 y siguiente.

³⁷⁷Una contabilidad correcta interesa sin duda a los acreedores sociales desde el momento en que éstos pueden verse inducidos por una contabilidad irregular o falsa a conceder un crédito que quizá no hubieran otorgado de conocer la verdadera situación de la sociedad. Cfr. BROSETA PONT: *Reflexiones sobre la reforma de la censura de cuentas en la Ley de Sociedades Anónimas y sobre la "verificación" contable en el Código de Comercio*. cit. págs.61 y siguiente.

³⁷⁸Este interés se instrumenta a través de tres órganos principales que señala el Estatuto de los Trabajadores: Delegados de personal, Comités de empresa y Asambleas de personal. En el ejercicio de sus funciones de control sobre la empresa, los Delegados y Comités gozan de un derecho de información sobre la situación de producción y ventas, balances, modelos de contratos, modalidades de salarios, registros a trabajadores, etc.-(artículos 64 y concordantes del E.T.). Sobre la situación en el Derecho comunitario, vid. FRANCESCHELLI: *L'informazione societaria e le Direttive C.E.E.* cit. pág.264.

³⁷⁹Vid. por todos GARRIGUES DIAZ-CANABATE: *Una vez más en torno al tema del derecho de información del accionista en la sociedad anónima*. cit. pág.175.

³⁸⁰Cfr., entre otros, CONTI: *Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di)*. cit. pág.762; GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. pág.84. De esta forma, la Primera Directiva 68/15/CEE, de 9 marzo 1968, por ejemplo, señala que la publicidad reviste "una importancia particular sobre todo en orden a la tutela de los intereses de los terceros, ya que las sociedades no ofrecen a los terceros otra garantía que el patrimonio social", de forma que la publicidad debe permitirles al menos conocer los actos esenciales de la sociedad y en particular las personas que tienen el poder de obligarla. Vid. especialmente los

únicamente como manifestación de la capacidad organizativa del empresario para serlo también como instrumento de tutela de acreedores, fuente de información estadística y vehículo de publicidad para terceros³⁸¹. Por otra parte, la extraordinaria importancia de la actividad empresarial en el cuadro general de la actividad económica, que ya hemos puesto de relieve, exige rodearla de un sistema de publicidad que permita conocer en cualquier momento, con rapidez y certidumbre, los más importantes datos referentes a los sujetos que desempeñan la actividad, a sus cambios y a ciertos aspectos del tráfico que realizan³⁸². La veracidad de las informaciones sociales adquiere un valor esencial en el ordenamiento societario desde el momento en que es indispensable para el correcto desenvolvimiento de las funciones que corresponden a las sociedades mercantiles en una economía social de mercado³⁸³.

Se ha producido, en fin, un cambio radical de óptica de planteamiento y soluciones en la nueva política de la información. Del derecho de información del socio, que éste puede ejercitar o no, se ha pasado al deber de información de la sociedad, y del interés del socio actual al interés del socio potencial y del público en general, como fundamento de la protección. El centro de atención se ha desplazado, pues, de la información privada, como derecho individual del socio, a la publicidad informativa, como deber general de comunicar al público los datos más relevantes sobre la situación

"Considerando" 2, 3, 4, 5 y 6 de la Directiva. Para ulteriores ejemplos, vid. FRANCESCHELLI: *L'informazione societaria e le Direttive C.E.E.* cit. págs.263 y siguientes.

³⁸¹Cfr. SELVA SANCHEZ: *Depósito y publicidad de las cuentas anuales.* cit. pág.1.

³⁸²Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil.* 1993, cit. pág.83.

³⁸³Vid. MAZZACUVA, N.: *Le false comunicazioni sociali.* en MAZZACUVA (dir.): *I reati societari.* cit. pág.40.

patrimonial y la rentabilidad de la sociedad³⁸⁴. Esta exigencia de publicidad es particularmente sentida en el mercado bursátil, y de ahí el incremento de publicidad que se exige en todos los sistemas a las sociedades con acciones cotizadas en Bolsa³⁸⁵ a consecuencia de la atención prestada al tema por el Derecho comunitario³⁸⁶.

³⁸⁴Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: *La Junta general de accionistas*. cit. pág.242. El incumplimiento del deber de información pública, esto es, de la obligación de depositar, a través de los administradores, en el Registro mercantil y dentro del mes siguiente a su aprobación por la Junta, certificaciones de los acuerdos aprobatorios de las cuentas y de aplicación de resultados, junto con los informes de gestión y de auditoría, se sanciona severamente.

³⁸⁵Sobre este particular en nuestro Ordenamiento, el Reglamento de Bolsas de 30 de junio de 1967 ya presionó, aunque tímidamente, en esta dirección, buscando una mayor transparencia informativa en aras del buen funcionamiento del mercado bursátil. Estas medidas fueron ampliadas por el R.D. 1847/ 1980, de 5 septiembre (BOE de 19 septiembre), que reguló la información financiera de las entidades emisoras de valores que estén o pretendan ser admitidos a cotización oficial. Dicha normativa fue desarrollada por normas posteriores, hasta llegar a las relativas a la información que deben suministrar las sociedades que pretendan cotizar o coticen en el segundo mercado de valores. Vid. especialmente la LMV y la LSA.

³⁸⁶Vid., entre otros textos, la Directiva 80/390/CEE, de 27 de marzo de 1980, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión de valores mobiliarios a la cotización oficial en una Bolsa de Valores, modificada en ciertos aspectos por las Directivas 87/345/CEE, de 22 junio 1987, y 90/211/CEE, de 23 abril 1990; la Directiva 82/121/CEE, de 15 febrero 1982, relativa a la información periódica que deben publicar las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial en una Bolsa de Valores; la Directiva 82/148/CEE, de 3 marzo 1982, por la que se modifica la Directiva 79/279/CEE, sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una Bolsa de Valores y la Directiva 80/390/CEE, sobre coordinación de las condiciones de establecimiento, control y difusión del folleto que debe publicarse para la admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una Bolsa de Valores; la Directiva 88/627/CEE, de 12 diciembre 1988, sobre las informaciones que han de publicarse en el momento de la adquisición y de la cesión de una participación importante en una sociedad cotizada en Bolsa, etc., etc.

En la base de la protección de la veracidad de las informaciones sociales se combinan, pues, intereses de naturaleza pública y de naturaleza privada³⁸⁷, todos los cuales deben ser tenidos en cuenta a la hora de efectuar consideraciones de política criminal acerca de la criminalización. Por otra parte, el proceso que sumariamente se acaba de exponer ofrece la constante del progresivo reforzamiento de la información como instrumento de control de las sociedades, y ello en defensa de los múltiples intereses privados que convergen sobre la misma y del propio interés general que el Estado está llamado a tutelar³⁸⁸.

Por otra parte, la información no se agota en el capítulo contable, sino que ha sido extendida por la legislación comunitaria y española a otros momentos importantes de la vida de la sociedad en los que diversos intereses pueden estar seriamente comprometidos.

Así, la Tercera Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978³⁸⁹, en materia de fusión de sociedades anónimas en el seno de cualquiera de los Estados miembros, tiene por finalidad introducir en todos los Ordenamientos del área comunitaria la figura de la fusión, haciendo equivalentes las garantías ofrecidas en cada legislación nacional a socios y terceros³⁹⁰.

³⁸⁷Vid. MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.15.

³⁸⁸Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: *La Junta general de accionistas*. cit. pág.244.

³⁸⁹Vid. DOCE n.º L 295, de 20 de octubre de 1978.

³⁹⁰La fusión es el punto de encuentro de una pluralidad de intereses, frecuentemente en conflicto, entre los que el legislador debe llevar a cabo una ponderación para, en la medida de lo posible, proceder a su conciliación. Destaca especialmente el interés de los accionistas, que pueden ver diluida su posición en la sociedad a resultas de la fusión, pero que también tienen derecho a decidir sobre la operación proyectada y a hacerlo con objetividad. Los legisladores comunitario y español han instaurado una serie de mecanismos

Las medidas referentes a la protección de los socios se instrumentan fundamentalmente mediante la información, que se caracteriza por dos notas³⁹¹: su preferente ubicación en la etapa previa de la fusión y la configuración de tal información como un deber legal de publicidad a cargo de la sociedad ejercido a través del órgano de administración. En esta dirección cautelar se inscribe el propósito de extender a las operaciones de fusión el régimen de publicidad previsto en la Primera Directiva 68/15/CEE³⁹². Las falsedades en las informaciones sociales exigidas al producirse una fusión pueden tener la misma eficacia engañosa que las efectuadas en la contabilidad, por lo que deben, en consecuencia, ser sometidas a idéntica disciplina³⁹³. E igual sucede, por ejemplo, con el

preventivos para garantizar el respeto de los derechos y expectativas de los socios inmersos en el proceso de fusión. Cfr. LARGO GIL, R.: **La información de los accionistas en la fusión de sociedades**. "RDBB" núm.38, 1990, págs.281 y siguiente.

³⁹¹Vid. ampliamente URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: **La Junta general de accionistas**. cit. págs.250 y siguiente.

³⁹²Vid. LARGO GIL, R.: **La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes**. Madrid, 1992; de la misma autora: **La información de los accionistas en la fusión de sociedades**. cit. págs.277 y siguientes.

En la adaptación de esta Directiva al Derecho español constituyen las piezas básicas, y también las que suponen una mayor innovación respecto al régimen anterior, el proyecto de fusión, con un contenido mínimo (artículos 234 y 235 LSA), complementado por dos informes preceptivos sobre el mismo, uno formulado por los administradores (artículo 237 LSA) y otro por expertos independientes (artículo 236), unido a la regulación de amplias obligaciones de publicidad a cargo de la sociedad (artículos 238 y 242 LSA).

Aunque el tenor literal de los preceptos correspondientes de la LSA veta a los acreedores y a los representantes de los trabajadores el acceso a la información y documentación complementaria del proyecto de fusión antes de la celebración de las Juntas, y a la obtención gratuita del texto íntegro de tales documentos, una interpretación sistemática y que tenga en cuenta la finalidad tuitiva de la norma permite desbloquear esas vías a los dos colectivos mencionados.

³⁹³Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.78.

folleto informativo en caso de OPVs. En la Directiva 89/298/CEE, de 17 de abril de 1989, por la que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública de valores negociables³⁹⁴, se impone una transparencia informativa similar a la adoptada por la LMV. Similar es el caso de las operaciones de aumento y reducción del capital, que constituyen otros momentos en que la sociedad está obligada a facilitar información a los socios, necesaria por razones de defensa del capital social y de la paridad de trato entre aquéllos. Así, en las SA, cuando vaya a decidirse un aumento de capital, deben ponerse a disposición de los accionistas al convocar la Junta: a) si existen aportaciones no dinerarias, una memoria global de los administradores sobre tales aportaciones y un informe técnico de un experto independiente, en el cual se describan y valores aquéllas (artículos 28 y 155 LSA); b) si va a realizarse por compensación de créditos, un certificado del auditor de cuentas que acredite, a la vista de la contabilidad social, la exactitud de los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión (artículo 156 LSA); y c) si es con cargo a reservas, el balance auditado que sirva de base a la operación (artículo 157). Idéntico objetivo de tutela de los derechos sociales y de aportación de elementos de juicio que permitan una valoración ponderada de su ejercicio persigue, en la reducción de capital por compra y amortización de acciones propias, la publicidad con que está rodeada la oferta, que debe dirigirse a todos los accionistas a través del Boletín Oficial del Registro mercantil y de dos periódicos de gran circulación en la provincia del domicilio social, o bien por comunicación personal si las acciones son nominativas y lo prevén los Estatutos, incluyendo, dice la LSA, "todas las menciones que sean razonablemente necesarias para la información de los accionistas que deseen vender" (artículo 170).

³⁹⁴DOCE L núm.124, de 5 de mayo de 1989.

Ya dentro del ámbito del mercado de valores, cabe señalar que una de las primeras medidas armonizadoras del Derecho comunitario fue la adopción de la Directiva 80/390/CEE, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión de valores mobiliarios a la cotización oficial en una Bolsa de Valores³⁹⁵.

Y es que la admisión de unos valores a negociación bursátil implica una serie de efectos jurídicos trascendentales tanto para el emisor como para los inversores, cuyo resultado se ha denominado en la doctrina mercantilista el "estatuto especial de las sociedades cotizadas o bursátiles"³⁹⁶. Dentro de este estatuto especial de las sociedades admitidas a cotización destacan, en primer lugar, las obligaciones de información y transparencia hacia el mercado bursátil en que negocian sus valores. Se trata, en esencia, de un mecanismo en virtud del cual las sociedades que pretenden beneficiarse de las facilidades que representa la negociación bursátil de sus valores para su financiación deben ofrecer, como contrapartida, un conjunto de información que las haga transparentes ante el público inversor que acude a la Bolsa. Se trata de obligar a las sociedades cotizadas a mantener un caudal de información tal, tanto en cantidad o frecuencia como en calidad, que permita que cualquier inversor que acuda a la Bolsa para

³⁹⁵Vid., a partir de la normativa española en la materia previa a la LMV, las referencias que a la citada Directiva realiza SANCHEZ ANDRES, A.: *La admisión de valores a cotización oficial*. "RDBB" núm.5, 1982, págs.93 y siguientes; también TAPIA HERMIDA, A. J./ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *La adaptación del Derecho español del Mercado de Valores al Derecho comunitario*. "RDBB" núm.44, 1991, pág.990. Vid. también FERRARINI, G.: *Il prospetto informativo: funzione e contenuti*. "Diritto della banca e del mercato finanziario" 1992, págs.181 y siguientes.

³⁹⁶Vid. al respecto ALBELLA, S.: *El estatuto de las sociedades cotizadas*. "La Ley", 17 diciembre 1993, págs.1 y siguientes; y SANCHEZ CALERO, F.: *Las sociedades cotizadas o bursátiles en el Derecho español*. "RDBB" núm.44, 1991, págs.909 y siguientes.

adquirir valores pueda formarse en todo momento un juicio fundado de la inversión que se le propone.

Sin necesidad de proseguir con un análisis más pormenorizado de todas las demás previsiones legales de alcance informativo, lo hasta aquí expuesto ya acredita de modo suficiente que el caudal de información que la legislación comunitaria y española han puesto en manos tanto de los socios como de otros sujetos no titulares de participaciones sociales se ha enriquecido extraordinariamente respecto al Derecho anterior, en cantidad y, lo que es más importante, en calidad³⁹⁷. Mayor información y también información más objetiva y fidedigna, son las consignas del nuevo sistema de sociedades, que se resumen en el principio de imagen fiel.

Esta figura de la imagen fiel, recogida, como hemos visto, en el artículo 34 del C.Co., viene a ser el corolario de la aplicación sistemática y regular de los principios contables, entendiendo éstos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas³⁹⁸.

El deber³⁹⁹ de cumplir las responsabilidades relativas a la información y a la publicidad recae en los fundadores en caso de fundación simultánea, en los promotores y las personas designadas por la Junta constituyente en la fundación sucesiva, en los administradores durante la vida social, y en los liquidadores en la etapa final de la misma.

³⁹⁷Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. págs.251 y siguiente.

³⁹⁸Cfr. CEREZO RODRIGUEZ-SEDANO en ALONSO UREBA/ MARTINEZ-SIMANCAS Y SANCHEZ (dirs.): Derecho del Mercado Financiero. I. 1. cit. pág.93.

³⁹⁹Señala VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º. 1991, cit. pág.156, que conviene hablar de un "deber público" y no de una "obligación", puesto que nadie ostenta acción para obligar a hacerla cumplir por vía judicial.

Con respecto a los destinatarios, debe tenerse en cuenta, de acuerdo con lo que ya he adelantado, que no sólo los socios, sino también los acreedores y terceros, así como los trabajadores y el propio Estado⁴⁰⁰, tienen un interés jurídicamente defendible en recibir una correcta información acerca de la situación jurídica y económica de la sociedad⁴⁰¹, con el fin de no ser inducidos a tomar decisiones perjudiciales para su patrimonio⁴⁰². Ha de advertirse, no obstante, que los terceros no tienen un "derecho" a obtener información social, derecho que únicamente corresponde a los socios⁴⁰³ y a los representantes de los trabajadores, no obstante lo cual es digno de protección su interés en recibir una información

⁴⁰⁰Vid. CADENAS SOBRERA: Protección penal de la participación de los trabajadores en la empresa. En Protección penal de los derechos de los trabajadores. Jornadas organizadas por Jueces para la Democracia. Santiago de Compostela, 1985, pág.135; GIULIANI BALESTRINO: I problemi generali dei reati societari. cit. págs.84 y siguientes; GUERRINI, F.: La tutela penale del diritto di informazione sindacale. "Riv. giur. lav." 1983, IV, pág.655; PACCHI PESUCCI, S.: Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione. Milano, 1993, págs.34 y siguientes; también PEDRAZZI: Profili problematici del diritto penale d'impresa. cit. pág.1133. El tema de la relación entre las falsas comunicaciones sociales y el fraude fiscal será tratado con mayor amplitud con ocasión del estudio de las concretas figuras delictivas societarias previstas por el PCP de 1994 (vid. infra). No obstante, vid., entre otros, CATENACCI, G.: Il bilancio nella normativa penale societaria. "Arch. pen." 1983, pág.635.

⁴⁰¹Cfr. MAZZACUVA, N.: I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare. Torino, 1990, pág.47; TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. págs.81 y siguiente.

⁴⁰²Cfr. GIULIANI BALESTRINO: I problemi generali dei reati societari. cit. pág.86.

⁴⁰³Todos los comentaristas coinciden en señalar que se trata de un derecho muy restringido, puesto que se veda a los socios el derecho a investigar en la contabilidad y en los libros sociales, reduciéndose a una mera facultad de pedir a los administradores informes y aclaraciones sobre los asuntos comprendidos en el orden del día. Vid. VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º. cit. págs.528 y siguientes, con indicaciones jurisprudenciales. Ampliamente, URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. págs.253 y siguientes.

verídica puesto que en sus relaciones con la sociedad se hallan en situación de desigualdad, de forma tal que cualquier falsedad en las informaciones o comunicaciones sociales conlleva un grave peligro para el patrimonio del tercero en cuestión.

Por lo demás, al reconocimiento del derecho de información de los socios y de los representantes de los trabajadores subyace la necesidad de equilibrar varios intereses contrapuestos: el del socio a controlar y conocer la gestión social y el de los representantes laborales a participar en la empresa, y el interés social que puede exigir el secreto de determinadas circunstancias de la marcha de la sociedad⁴⁰⁴, además de la necesidad de impedir que la gestión de los administradores se vea obstaculizada y perturbada por continuas injerencias⁴⁰⁵. Por otra parte, la potenciación de la publicidad exigida en relación con determinados actos y circunstancias de la vida social pretende garantizar los intereses no sólo de los socios actuales sino también de terceros como socios potenciales y, primordialmente, de los acreedores sociales, como contrapartida del privilegio de la

⁴⁰⁴El artículo 112. 1 LSA concede al Presidente de la Junta la facultad de prohibir a los administradores dar la información que les fue solicitada por escrito antes de la Junta, por algún socio, y con respecto a los puntos del orden del día, si a su juicio pone en peligro los intereses de la sociedad. Vid. GARRIGUES: *Hacia un nuevo Derecho mercantil*. cit. págs.173, quien ofrece una explicación de la restrictividad con que se ha concebido tradicionalmente el derecho de información del socio, fundamentada en el deseo de evitar "que por el cauce de la libre negociabilidad de las acciones, pudiese un accionista, que sigue las instrucciones de una entidad competidora, adquirir acciones de la otra sociedad que va a celebrar su Junta general y obtener en ella una información que puede favorecer ilícitamente esa competencia".

⁴⁰⁵Cfr. SANCHEZ GONZALEZ: *La acción como fundamento de la condición de socio*. cit. pág.299. Vid. más ampliamente GARRIGUES DIAZ-CANABATE: *Una vez más en torno al tema del derecho de información del accionista en la sociedad anónima*. cit. págs.172 y siguientes.

limitación de la responsabilidad. En efecto, la progresiva concentración de poder económico en entidades en las que se disocia propiedad y control "ha exigido como contrapeso la instauración de sistemas de control, entre los cuales juega un enjundioso papel la información"⁴⁰⁶.

La regulación penal debe dirigirse a garantizar directamente el interés en una información veraz sobre la situación jurídica y económica de la sociedad⁴⁰⁷, teniendo en cuenta simultáneamente la puesta en peligro o la lesión de los intereses patrimoniales implicados. Como ha puesto de relieve la doctrina italiana, se trata de comportamientos delictivos que tienen una "*potenzialità offensiva pluridirezionale*", al incidir de forma lesiva sobre el interés en una correcta gestión social, sobre la vida interna de la sociedad, pudiendo generar impresiones incorrectas en los socios y los órganos sociales, y sobre la vida externa de la misma, puesto que los terceros pueden decidir iniciar o no relaciones con la sociedad con base en informaciones no veraces⁴⁰⁸. Tampoco se debe olvidar la ya señalada manipulación de la contabilidad y de las

⁴⁰⁶SANCHEZ GONZALEZ: La acción como fundamento de la condición de socio. cit. pág.299. En el mismo sentido se ha manifestado CATENACCI: *Il bilancio nella normativa penale societaria*. cit. pág.626; quien ha puesto de relieve cómo la disociación entre propiedad y gestión, que supone confiar la dirección de la empresa a un grupo que no siempre es expresión de la voluntad de los propietarios, ha aumentado la necesidad de contar con una información clara, exhaustiva y completa sobre la situación patrimonial de la sociedad y los resultados económicos de la gestión.

⁴⁰⁷Vid. entre otros CATENACCI: *Il bilancio nella normativa penale societaria*. cit. pág.626.

⁴⁰⁸Cfr. por todos DI AMATO, A.: *Diritto penale dell'impresa*. 2. ed. Milano, 1992, pág.93; CATENACCI: *Il bilancio nella normativa penale societaria*. cit. pág.626; MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.16. Ampliamente, sobre la tutela del mercado de valores y del accionista a través de la tutela de la transparencia de la información, vid. PACCHI PESUCCI: *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*. cit. págs.243 y siguientes

informaciones sociales como medio de consumir y ocultar las irregularidades en la administración de la sociedad⁴⁰⁹.

En este sentido, la tutela de la veracidad en las informaciones sociales asume una perspectiva instrumental, puesto que a través de ella se tutelan los patrimonios de los destinatarios de la información⁴¹⁰ y de la propia sociedad administrada. Con esta puntualización cabe reconocer la veracidad de la información sobre las condiciones económicas y jurídicas de la sociedad como interés merecedor de protección penal⁴¹¹, teniendo siempre en cuenta que la difusión de los datos falsos ha de relacionarse con la actividad y la estructura propiamente societarias⁴¹².

4. 3. 4. Fidelidad y correcto funcionamiento de los órganos sociales.

⁴⁰⁹Cfr. CATENACCI: *Il bilancio nella normativa penale societaria*. cit. pág.626. Por su parte, FANJUL DE ALCOCER: *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias en España*. cit. págs.143 y siguiente, nos ofrece algunos ejemplos de estas manipulaciones, realizadas con el fin de ocultar las pérdidas producidas:

"- Contabilizar en <<Bancos y banqueros operantes en España>> operaciones con dependencias de la propia entidad como si fueran de bancos ajenos al grupo, con lo que se alteraba el signo de la posición contable.

- Manipulación y ocultaciones mediante <<otras operaciones en camino>>.

- Activación de intereses que nunca se cobraban.

- Simulación de <<efectos y obligaciones a pagar>>.

- Avals <<de cajón>>, no contabilizados, probablemente cobrados por un apoderado desleal, etc., etc."

⁴¹⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.70.

⁴¹¹Cfr. TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. pág.243.

⁴¹²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.72.

Como pone de manifiesto TERRADILLOS BASOCO⁴¹³, las infidelidades de los órganos sociales constituyen, junto con las falsedades en las informaciones sociales y los ataques a la integridad del capital social, el tercer gran grupo de conductas que pueden cobijarse bajo la rúbrica "delitos societarios". De esta forma, la fidelidad de los órganos sociales, y en especial del órgano de administración, se configura como un interés digno de tutela penal.

El cargo de administrador se sustenta en una relación de confianza que no es comprensible sin la existencia de un deber de lealtad frente a la sociedad y frente a sus órganos. Los administradores se encuentran vinculados con la sociedad por una peculiar relación que se conoce en el lenguaje habitual norteamericano como "*fiduciary relationship*"⁴¹⁴. El sector mercantil del Ordenamiento jurídico, como veremos, arbitra una amplia serie de medidas para garantizar la conducta leal y fiel de los administradores sociales. La lealtad no debe confundirse con la obediencia ciega, puesto que la obediencia no exonera

⁴¹³Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.89.

⁴¹⁴Vid., desde una perspectiva de Derecho comparado, HOPT, K. J.: *Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest*. en HOPT/ TEUBNER: *Corporate Governance and Directors' Liabilities*. Berlin/ New York, 1985, pág.285. En España, antes de la LSA de 17 de julio de 1951, la administración de la SA se confiaba a unos administradores a los que el Código de comercio calificaba como mandatarios en los artículos 122 (... encargan su manejo a mandatarios o administradores amovibles) y 156 (los administradores de la compañía anónima son su mandatarios...). La naturaleza jurídica del cargo de administrador era la de mandatario de los socios y representante de la sociedad. En este sentido, GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*. I. Madrid, 1936, págs.265 y siguientes. La LSA de 1951 introdujo la teoría del órgano, concibiendo la relación de los administradores con la sociedad como una relación orgánica. Vid. ampliamente GARRETA SUCH, J. M.: *La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima*. "RJCat" 1981, págs.595 y siguientes; GARRIGUES, J./ URÍA, R.: *Comentario a la LSA*. II. 3. ed. revisada. Madrid, 1976, págs.12 y siguientes, y 157.

a los administradores del cumplimiento de sus obligaciones⁴¹⁵. No cabe duda de la necesidad de acudir a la sanción penal en los casos de las infidelidades más graves, especialmente si se tiene en cuenta que en el ámbito específico de las infidelidades patrimoniales existe una laguna de punibilidad denunciada en repetidas ocasiones por la doctrina penal española.

El concepto de fidelidad indica un comportamiento consciente de subordinación de los intereses propios a los intereses de otra persona, que cobra significado en cuanto se produce un conflicto entre ellos. Entendido en sentido relativo, supone una subordinación parcial de los intereses propios con respecto a los de otro en una esfera limitada⁴¹⁶ de situaciones determinada por la previa asunción de una obligación jurídica, cuya violación constituye un ilícito y, precisamente, una infidelidad⁴¹⁷. Cuando los intereses protegidos por la obligación jurídica que da origen al vínculo de fidelidad son de naturaleza patrimonial, aparece una obligación de fidelidad patrimonial. La infidelidad patrimonial se define, correlativamente, como la voluntaria violación de la obligación de salvaguardar de forma exclusiva los intereses patrimoniales de una persona, obligación que puede tener como contenido la tutela activa de dichos intereses pero que, en

⁴¹⁵Cfr. BURGOS/ MARTINEZ/ OLABARRI: **Reforma de la legislación mercantil. II. Aspectos jurídicos**. Madrid, 1990, pág.190.

⁴¹⁶Hoy no son admisibles relaciones de fidelidad absoluta. Vid. NUVOLONE, P.: **Infedeltà patrimoniale**. "Enc. dir." Vol. XXI, Milano, 1971, págs.440 y siguiente; ZUCALA, G.: **Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali**. "Diritto Penale dell'Economia" 1988, pág.150.

⁴¹⁷Como señala MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M.: **Los delitos societarios en el PLOCP**. "PJ" núm.28, 1992, pág.193, "la actuación de un administrador o gestor infiel ha de serlo siempre y necesariamente con referencia al *dominus* o mandante, en este caso, la sociedad, pero nunca los terceros a la misma, con los que no puede reprocharse nunca una conducta contraria a la lealtad y al cometido de los deberes del cargo o función".

cualquier caso, implica cuando menos el deber de no dañar, en beneficio propio o ajeno, o aun sin propósito definido, los intereses señalados⁴¹⁸. En suma, el deber de fidelidad impone una serie de conductas omisivas, básicamente centradas en la no realización de actos que supongan privilegiar los intereses personales o de los terceros por encima de los intereses cuya tutela fue confiada al administrador⁴¹⁹, y activas, en cuanto exige que el obligado tome todas las medidas oportunas para la protección de los intereses encomendados a su cuidado.

La lealtad aparece conectada en el texto legal a la función de representación de intereses ajenos que ostenta el administrador y que desemboca en un deber de fidelidad que le obliga a anteponer los intereses sociales a los propios⁴²⁰. Presupone, pues, la existencia de un conflicto de intereses⁴²¹. La absoluta postergación del interés propio de los administradores en relación con los intereses de la

⁴¹⁸NUVOLONE, P.: *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*. Milano, 1941, pág.15. Vid. también ZUCCALA, G.: *L'infedeltà nel diritto penale*. Padova, 1961, pág.167.

⁴¹⁹Cfr. BAIGUN, D.: *Administración fraudulenta e intereses públicos*. "RFDUC" núm.11 monográfico, pág.84; SALELLES CLIMENT, J. R.: *El funcionamiento del Consejo de Administración*. Madrid, 1995, págs.193 y siguiente.

⁴²⁰Cfr., por todos, QUIJANO GONZALEZ, J.: *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*. Valladolid, 1985, pág.201; del mismo autor: *Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores*. "RDBB" núm.34, 1989, pág.326; LUTTER/ HOMMELHOFF: *GmbH-Gesetz*. 14. Aufl. 1995, § 43, Rn.2 (págs.546 y siguiente), quien caracteriza el órgano de administración como "... Organ, dem die treuhänderische Verwaltung fremden Vermögens anvertraut ist". Vid. también HEREDERO, J. L.: *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*. Barcelona, 1969, pág.37.

El conflicto entre los administradores y los socios, y entre socios mayoritarios y minoritarios, constituye uno de los más importantes campos de investigación del Análisis económico del Derecho.

⁴²¹Cfr. FIRGAU, B.: *Untreue*. en KREKELER, W./ TIEDEMANN, K./ ULSENHEIMER, K./ WEINMANN, G.: *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*. Heidelberg, 1990, pág.1.

sociedad y de los socios está justificada en tanto en cuanto gestiona un interés absolutamente ajeno⁴²². Así, en las operaciones de OPAs, y según el artículo 14 del RD 1197/ 1991, de 26 de julio, sobre Ofertas Públicas de Adquisición de Valores, a partir del momento de la publicación de la suspensión por la CNMV de la cotización de las acciones de la sociedad afectada, y hasta la publicación del resultado de la oferta, el órgano de administración de la sociedad afectada se abstendrá de realizar o concertar cualesquiera operaciones que no sean propias de la actividad ordinaria de la sociedad o que tengan por objeto principal perturbar el desarrollo de la oferta, debiendo en todo momento hacer prevalecer los intereses de los accionistas sobre los suyos propios. El artículo 14 extiende además esa limitación a las sociedades del grupo de la sociedad afectada y a quienes puedan actuar concertadamente con ellas, estableciendo específicamente la prohibición de llevar a cabo determinadas operaciones.

No obstante, la LSA no ha querido llevar a sus últimas consecuencias la exigencia de la lealtad y se ha abstenido de imponer expresamente a los administradores la prohibición de concurrencia que afecta a los gestores de intereses ajenos, como socios colectivos y factores, reenviando el tema al párrafo segundo del artículo 132⁴²³, el cual dispone que "los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general". En este precepto se incluyen dos formulaciones distintas de un mismo concepto de conflicto de intereses, ceñido en el primer caso a un supuesto particular o específico (administradores de una

⁴²²Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*. Madrid, 1995, págs.39 y siguiente, y nota núm.48.

⁴²³Esta es la única norma en la LSA que contempla el conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad.

sociedad que lo son también de otra sociedad competidora), mientras que el segundo contempla el concepto amplio y genérico de la oposición de intereses entre administrador y sociedad como causa de incompatibilidad determinante del cese de aquél (administradores que bajo cualquier forma tienen intereses opuestos a los de la sociedad, expresión que incluye lógicamente el primer supuesto)⁴²⁴. El conflicto de intereses entre administrador y sociedad ha de ser permanente o estable, puesto que no determina un concreto deber de abstención en una votación aislada sino que es causa de incompatibilidad para el desempeño continuado del cargo de administrador⁴²⁵. Con respecto al primer supuesto, la doctrina mercantilista más autorizada ha manifestado que la LSA ha querido abarcar todos los casos en los que el administrador, en su propio nombre y por cuenta propia o ajena, se dedica al mismo género de comercio que la sociedad que administra⁴²⁶. Se sigue un criterio de ética empresarial que trata de impedir que se produzcan situaciones de concurrencia que desemboquen en

⁴²⁴Vid. además el artículo 62 LSRL: "1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General.

2. Cualquier socio podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior".

⁴²⁵Cfr. POLO, E.: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 LSA). en URÍA/ MENENDEZ/ OLIVENCIA (dirs.): Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. cit. págs.260 y siguientes. Un ejemplo claro de un conflicto de intereses permanente es el que surge a raíz de la concesión a los administradores de préstamos o garantías por parte de la sociedad, sea directamente o por persona interpuesta. Cfr. CONTI: *Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di)*. cit. pág.766, quien especifica cómo una situación semejante puede conducir a desviaciones de poder por parte del administrador deudor, con el fin de anteponer los propios intereses a los de la sociedad que está obligado a defender.

⁴²⁶Cfr. GARRIGUES/ OLIVENCIA: Comentario a la LSA. II. cit. pág.217.

prácticas de competencia desleal⁴²⁷. Con ello la norma se coloca en una posición de tutela avanzada del patrimonio social⁴²⁸.

En la legislación especial que corresponde a las sociedades anónimas bancarias se establece un régimen más severo con el fin de evitar los conflictos de intereses⁴²⁹. Así, los presidentes, vicepresidentes, consejeros y cargos asimilados de un banco privado no podrán desempeñar cargos análogos en otro, ni formar parte de más de cuatro consejos de administración de sociedades anónimas españolas, no computándose en este cálculo los cargos de consejero que desempeñe en sociedades donde él, su cónyuge o familiares en línea directa, solos o conjuntamente, tienen derecho de representación proporcional (artículo 1 de la Ley 31/ 1968), ni los cargos desempeñados por consejeros de Bancos industriales en sociedades anónimas promovidas, fundadas o reestructuradas por dichos Bancos cuando ostenten una participación de la quinta parte del capital desembolsado o de, al menos, veinte millones de pesetas (artículo 2 del mismo texto legal).

Lo mismo ocurre con la LMV respecto de las sociedades y agencias de valores. El artículo 69. LMV prohíbe a los

⁴²⁷POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.266.

⁴²⁸Cfr. CONTI: Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di). cit. pág.771; NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. págs.8 y 34. En ocasiones, se plantean conflictos de intereses como el caso del administrador que se autofinancia con el objeto de adquirir acciones de la sociedad que administra y de paso reforzar el control sobre la misma, o que asiste financieramente a personas de su círculo familiar, de amistad o profesional de manera directa o indirecta. Cfr. FERNANDEZ DEL POZO: Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera. cit. pág.173.

⁴²⁹Vid. Ley 31/ 1968, de 27 de julio, sobre incompatibilidades y limitaciones de Altos Cargos de la Banca, y el Decreto 702/ 1969, de 16 de abril, que la desarrolla.

consejeros de dichas entidades pertenecer al Consejo de administración de otras sociedades y agencias de valores, sociedades de inversión colectiva, sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, entidades gestoras de fondos de pensiones, sociedades gestoras de carteras o entidades que tengan valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial.

La parquedad de la LSA en la regulación del conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad contrasta, sin embargo, con el tratamiento que tal situación ha merecido en el Derecho comparado⁴³⁰, así como con el hecho de que la mayor parte de los acuerdos perjudiciales para los intereses de la sociedad en beneficio de terceros sean adoptados precisamente en el seno del Consejo, donde el ejercicio de la gestión empresarial permite realizar operaciones y contratos en perjuicio de la sociedad, y en beneficio de terceros y de los propios administradores⁴³¹.

Así, la situación de conflicto es clara cuando el Consejo adopta acuerdos en relación con actos o contratos respecto de los cuales sus miembros aparecen como contraparte. Pueden diferenciarse así dos tipos de supuestos: de un lado, aquellos que son consecuencia de los pagos de sumas indebidas, como pagos por asesoramientos no realizados, pagos que excedan de lo que puede considerarse como habitual por la actividad realizada o adquisición de bienes a nombre propio con dinero

⁴³⁰En el Derecho italiano, el artículo 2391 C.c. establece expresamente que el administrador que en una determinada operación tenga por cuenta propia o de terceros un interés en conflicto con el de la sociedad, debe abstenerse de participar en la deliberación relativa a tal operación. También los Ordenamientos francés e inglés regulan el tema. Por el contrario, en el Derecho alemán no se establece ninguna disposición particular sobre el conflicto de intereses.

⁴³¹Cfr. POLO: Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima. cit. págs.530 y siguiente; SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. págs.187 y siguiente.

de la sociedad; de otro, las operaciones acordadas entre un miembro del Consejo y la sociedad sin una contraprestación que corresponda a criterios de mercado, como la venta de activos de la sociedad a favor de un miembro del Consejo por un precio inferior al normal del mercado, la adquisición de acciones por un precio inferior al que correspondería según la cotización, o la adquisición de bienes de poco valor para la sociedad a un precio mucho más alto que el del mercado. No obstante, señala la doctrina los problemas de prueba relativos a la incorrección de la contraprestación estipulada así como a la del interés personal del administrador⁴³².

La exigencia de un comportamiento fiel se relaciona con la posición de garantía que ocupan los administradores, sean de hecho o de derecho⁴³³, frente a la sociedad mercantil, puesto que la asunción voluntaria de las funciones de administración y gestión conlleva también la asunción de los deberes que a ellas acompañan⁴³⁴.

De esta forma, la relación que vincula al administrador con la sociedad implica la aparición de una obligación de fidelidad a cargo del primero, como se desprende de la regulación mercantil, obligación que se conecta con una cláusula general de diligencia que da contenido a la posición jurídica del

⁴³²Cfr. SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.189.

⁴³³Vid. ampliamente TIEDEMANN, K.: Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern. Fests. für H. Tröndle. 1989, *passim*; ZUCCALA: Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società. cit. pág.150.

⁴³⁴Afirma BAIGUN: Administración fraudulenta e intereses públicos. cit. pág.90, que es la aceptación del cargo el signo que autoriza a suponer que el sujeto activo conoce la esfera de sus atribuciones.

administrador⁴³⁵. En España, el artículo 127 párrafo primero de la LSA señala el nivel de diligencia debida por parte de los administradores en el desempeño de sus cargos: "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal". Esta cláusula presenta un carácter abstracto, girando en torno a dos conceptos, "ordenado empresario" y "representante leal", que, aun siendo objetivos, carecen de contenido concreto y por tanto de determinación, debiendo ser dotados de contenido en función del supuesto específico que se contemple y del interés social⁴³⁶. El administrador, pese a no ser empresario, actúa como tal al frente de un negocio, debiendo desempeñar su función con el orden y prudencia propios de la profesionalidad media que cabe esperar de un empresario⁴³⁷. No se exigen resultados concretos, sino diligencia respecto de los medios empleados⁴³⁸. Por otra parte, se exige la diligencia propia de un representante leal, criterio habitual en quienes se ocupan de la gestión de negocios ajenos y que, en términos generales, implica la obligación de actuar de conformidad con el interés social y también, como hemos visto, de anteponer el interés de

⁴³⁵Cfr. ALONSO UREBA, A.: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. "RDM" 1990, pág.677.

⁴³⁶Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.667. Como señalan GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. pág.159, la ley se limita a formular principios muy generales, al convencerse sus redactores de que es muy difícil precisar reglas más concretas sobre la diligencia del administrador.

⁴³⁷Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.669. En el mismo sentido, vid. GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. págs.158 y siguiente.

⁴³⁸Cfr. GIRON TENA, J.: La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español. "ADC" 1959, pág.32; QUIJANO GONZALEZ, J.: La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima: aspectos sustantivos. Valladolid, 1985, págs.160 y siguientes.

la sociedad al propio en caso de conflicto de intereses⁴³⁹.

Asimismo, cabe exigir a los socios una conducta que como mínimo no perjudique el interés social⁴⁴⁰. ¿Existe en este sentido un interés digno de protección penal?. En otras palabras, ¿sería conveniente que los socios fueran considerados sujetos activos de un delito de infidelidad en el ámbito societario?. Aunque en la emisión del voto los socios gozan de amplia libertad, pudiendo votar en el sentido que tengan por conveniente, el interés social correrá grave peligro siempre que el socio tenga un interés propio y particular en el asunto sometido a la decisión de la Junta, porque entonces puede sentirse inclinado a supeditar la conveniencia de la sociedad a su propio interés personal. Ahora bien, el interés social no es ningún criterio objetivo determinable al margen de la voluntad de las partes, sino una forma de referirse a los deberes fiduciarios de los socios⁴⁴¹. El planteamiento que aquí venimos realizando implica la admisión de un deber de fidelidad de los socios no sólo frente a la sociedad mercantil⁴⁴², sino también entre socios en cualquier tipo

⁴³⁹Cfr. ALONSO UREBA: **Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima**. cit. pág.670. Vid. también GARRIGUES/ URIA: **Comentario a la LSA. II**. 1976, cit.pág.159.

⁴⁴⁰Cfr. HOPT, K. J.: **Derechos y obligaciones de la Dirección en relación con la <<composición del accionariado>>**. "RDM" núm.209, 1993, pág.867, quien señala que la persecución de intereses propios por parte de los socios se limita únicamente a través de los deberes de fidelidad, hoy reconocidos tanto frente a la sociedad como frente a los otros socios.

⁴⁴¹Cfr. ALFARO AGUILA-REAL: **Interés social y derecho de suscripción preferente**. cit. pág.34.

⁴⁴²La existencia de un deber de lealtad del socio frente a la sociedad fue admitida desde antiguo como concreción de la buena fe contractual (artículos 7 y 1258 C.c.). Vid. por ejemplo, GIRON TENA, J.: **Derecho de sociedades anónimas**. Madrid, 1954, págs.198 y siguientes. La niega, entre otros, DUQUE DOMINGUEZ, J. F.: **Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos** (art. 67 L.S.A.). Valladolid, 1957, págs.53

societario porque en todos existe para la mayoría la posibilidad de influir sobre derechos ajenos⁴⁴³. La admisión de la existencia de este deber de fidelidad entre socios no ha planteado tradicionalmente problema alguno en las sociedades personalistas. La discusión ha sido mucho más intensa en relación con las sociedades de capitales, donde hasta hace poco se negaba la existencia de deberes de lealtad de los socios tanto frente a la sociedad como entre los mismos socios que hoy puede considerarse mayoritariamente aceptada⁴⁴⁴.

No existe, sin embargo, un deber general de abstención del socio en caso de conflicto de intereses⁴⁴⁵, salvo el caso

y siguientes, quien considera que "si se admitiese el deber de fidelidad como un límite impuesto al ejercicio de los derechos de gestión del socio, se confundiría con los límites que la buena fe impone al ejercicio del poder jurídico de voto...".

⁴⁴³GIRON TENA señala que en este aspecto nuestra legislación mercantil se aparta del Derecho comparado, si bien reconoce que la admisibilidad y fundamento de la existencia de un deber de fidelidad de los socios en relación con la sociedad es materia discutida. Cfr. GIRON TENA, J.: **Derecho de sociedades. Tomo I. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias**. Madrid, 1976, pág.297. Vid. también BROSETA PONT: **Manual de Derecho Mercantil**. 1994, cit. págs.268 y siguiente, nota núm.3. Lo aceptan, entre otros, EMBID IRUJO, J. M.: **La protección de la minoría en el grupo de sociedades (El punto de vista del Derecho español)**. "RDM" 1994, págs.916 y siguientes; VAZQUEZ ALBERT, D.: **El derecho de suscripción preferente a la luz de la experiencia estadounidense**. "RDM" 1993, pág.986.

⁴⁴⁴Cfr. ALFARO AGUILA-REAL: **Interés social y derecho de suscripción preferente**. cit. págs.34 y siguientes.

⁴⁴⁵Aunque algún autor ha tratado de fundamentar tal deber en antecedentes de la LSA de 1951, la reforma de 1989 no establece explícitamente un deber de abstención para los socios de las SA. Cfr. ARANGUREN URRIZA: **Los órganos de la sociedad anónima**. cit. pág.529. La LSRL de 1995 establece en su artículo 52 una regulación de conflictos específicos de intereses entre el socio y la sociedad, estableciendo la prohibición del ejercicio del derecho de voto correspondiente a sus participaciones "cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar

concreto de la valoración de aportaciones *in natura*, regulado en el artículo 25. 2 LSA, en el cual el legislador prohíbe expresamente al aportante que intervenga en la votación referente a la valoración de su aportación. Ello no obstante, de la exégesis del artículo 115 LSA se desprende que si el socio en situación de conflicto de intereses emitiera el voto y éste fuera decisivo para la formación de la mayoría⁴⁴⁶, el acuerdo social podría ser impugnado al amparo de dicho artículo 115 LSA⁴⁴⁷, siempre que con la emisión de ese voto se cause lesión a los intereses de la sociedad.

En el Derecho comparado se regula dentro de los delitos societarios el abuso de posición mayoritaria o de los poderes sociales en perjuicio del interés social⁴⁴⁸. Ahora bien, cabe

garantías en su favor o facilitarse asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios".

⁴⁴⁶El concepto de "mayoría" es relativo, no determinado con base en el tanto por ciento del capital, sino en relación a una minoría. Es la mayoría de la Junta la que impone su ley, y no la mayoría absoluta del capital: la mayoría "política" es diferente de la mayoría "aritmética", como bien advierte PACCHI PESUCCI: *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*. cit. págs.32 y siguiente.

⁴⁴⁷Sobre el régimen jurídico de la acción de impugnación, vid. ampliamente *infra*.

⁴⁴⁸Al exigirse la afectación del interés social, quedan al margen de la regulación legal una amplia serie de supuestos en los que el abuso de posición mayoritaria o de poderes sociales se produce en perjuicio de los socios minoritarios, pero no directamente del interés social. Así, por ejemplo, reducción del capital social por pérdidas sobre la base de la infravaloración del patrimonio social, acompañado de un aumento correlativo no justificado por las necesidades de la sociedad, con la intención de que los socios minoritarios no puedan o no quieran suscribir el aumento; no distribución de beneficios con el propósito de influir sobre el valor de las acciones; exclusión del derecho de opción en caso de aumento de capital, con el único fin de reducir la participación proporcional en el capital de algunos antiguos socios, etc.

Conviene precisar, por otra parte, que el concepto de abuso es dialéctico, puesto que al mismo tiempo que niega el poder

preguntarse si existe un interés social "trascendente" contrapuesto en ocasiones al interés de la mayoría, puesto que ¿no corresponde a la mayoría fijar el interés social?⁴⁹.

En las sociedades mercantiles las decisiones se adoptan por mayoría para evitar los costes de la unanimidad, de forma que se pierden las ventajas del consentimiento como mecanismo contractual típico que garantiza la protección de cada uno de los socios realizada en el momento fundacional. La mayoría decide sobre el uso de todos los bienes sociales y, por tanto, en la medida en que decide en parte sobre bienes ajenos, no existe garantía de que las decisiones sean conformes con lo que todos los titulares hubieran decidido ex ante.

Cuando la mayoría, que debe ser intérprete del interés

jurídico lo presupone. Cfr. PEDRAZZI, C.: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*. "Riv. delle Soc." 1962, pág.226.

⁴⁹Se ha advertido en la doctrina mercantilista que, pese a la sentida necesidad de poner remedio a los abusos de la mayoría en perjuicio de la minoría, en este ámbito, cuando el interés social no resulta directamente perjudicado, no queda sino apelar a las obligaciones de buena fe y corrección en la ejecución de las relaciones contractuales. Y ello puesto que, si bien la legislación mercantil prevé una serie de normas que tutelan los derechos de la minoría, estas normas no tienen por objeto la protección de intereses particulares frente al poder del grupo mayoritario. Así, PACCHI PESUCCI: *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*. cit. pág.32. Sobre la pluralidad de intereses existente en la sociedad anónima susceptible de protección, vid. ampliamente HOPT: *Derechos y obligaciones de la Dirección en relación con la <<composición del accionariado>>*. cit. págs.866 y siguientes.

Sobre las teorías institucionalista y contractualista acerca del interés social, vid. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas. Legislación, doctrina y jurisprudencia según el nuevo Texto Refundido de la LSA*. Pamplona, 1992, págs.42 y siguientes. La concepción contractualista del interés social es la dominante en la doctrina y la jurisprudencia. Vid. SACRISTAN REPRESA, M.: *Comentario a la Sentencia de 12 de julio de 1983*. "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil" núm.3, 1983, págs.901 y siguiente. Matizando, por todos, ALONSO LEDESMA: *Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente*. cit. págs.39 y siguientes.

1

social como interés común a todos los socios⁴⁵⁰, tome un acuerdo que sin violar la Ley o los estatutos posponga los intereses de la sociedad en favor de intereses extrasociales, o lesione de otro modo los intereses sociales, la impugnación del acuerdo aparece como el único medio de defensa.

En efecto, la LSA ofrece la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales "que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad" (artículo 115. 1 LSA). En lo que se refiere a este último supuesto, era necesaria su inclusión expresa porque tales acuerdos, aunque de ordinario estén revestidos con ropaje legal, en el fondo entrañan un grave peligro para los socios. Es precisamente a través de acuerdos de esta índole donde tiene su manifestación más clara el abuso y la extralimitación del poder de las mayorías⁴⁵¹. Cuando la mayoría, que debe ser intérprete del interés social, como interés superior a todos los socios, toma un acuerdo que sin violar la ley ni los estatutos pospone los intereses de la sociedad al interés egoísta de uno o varios socios, se permite a los demás la impugnación del acuerdo como medio de defender los intereses de la sociedad y los intereses propios que van inexcusablemente unidos al interés social.

Antes del TRLSA de 1989 nuestro Código de comercio no establecía ningún precepto sobre impugnación de acuerdos sociales. Y si bien la posibilidad de combatir judicialmente los acuerdos sociales cuando existiera un interés digno de

⁴⁵⁰Sin duda, la tutela del interés social no puede excluir completamente la tutela de los intereses de los socios, puesto que la sociedad mercantil es una organización destinada al logro del fin común de las partes. Cfr. PACCHI PESUCCI: *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*. cit. pág.32.

⁴⁵¹Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: *La Junta general de accionistas*. cit. pág.335.

protección jurídica siempre pudo encontrar amparo en los principios generales del Ordenamiento jurídico, en la práctica se malograban casi todas las posibilidades que el Ordenamiento ofrecía para que el accionista aislado pudiera atacar los acuerdos sociales ilegales, por no ofrecer nuestras leyes un cauce procesal adecuado para el ejercicio de las acciones de impugnación⁴⁵². Al verse obligado a seguir los trámites lentos y costosos del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, el socio rara vez se decidía a entablar acciones judiciales contra los acuerdos mayoritarios de las juntas. Las mayorías podían actuar, así, con libertad casi absoluta para hacer uso abusivo de sus poderes.

Actualmente, la LSA ofrece al fin un instrumento adecuado para constreñir a las mayorías a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades. El Derecho mercantil, aun aceptando que el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades, no quiere dejar a los socios totalmente a merced de la mayoría cuando ésta, con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los socios o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la causa de impugnación no sólo requiere la lesión del interés social sino el beneficio extrasocial perseguido por la mayoría y la relación de causalidad entre la lesión y el beneficio. Es decir, se pone el acento en el ejercicio abusivo del poder mayoritario⁴⁵³, centrando la cuestión en el aspecto subjetivo de los motivos que guiaron al socio al emitir su voto: la búsqueda de una ventaja extrasocial

⁴⁵²Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.304.

⁴⁵³Cuando una Junta infringe la ley o los estatutos sociales actúa fuera de su competencia, mientras que cuando lesiona el interés social actúa dentro de la esfera de su competencia, pero abusando, para fines antijurídicos, de la facultad de decisión que la ley le confía. Cfr. RUBIO, J.: Curso de Derecho de Sociedades Anónimas. Madrid, 1964, pág.213.

aun a costa de la sociedad misma.

Ahora bien, la protección de los socios minoritarios no radica en limitar a su favor los derechos de la mayoría como tal mayoría, sino en impedir que ésta utilice abusivamente su poder en daño de la propia sociedad. No se puede pretender la imposición de cortapisas al poder legítimo de los grandes accionistas, sino procurar que hagan un uso legal de sus derechos⁴⁵⁴.

Los supuestos en que el interés de la sociedad resulta atropellado por el interés egoísta, individual o de grupo, perseguido por el acuerdo de la Junta, son numerosos, y aumentan cada día a consecuencia de la concentración industrial, que origina la interconexión de unas sociedades con otras y la influencia de unos mismos grupos financieros en sociedades competidoras en el mercado o en empresas de naturaleza distinta interesadas de modo sucesivo o complementario en un determinado proceso de producción. Unas veces, los mismos accionistas que dominan en una sociedad tienen en otra sociedad competidora participaciones económicamente superiores y sacrifican los intereses de la primera en beneficio de la segunda, con notorio perjuicio de los accionistas minoritarios de aquélla; otras veces, en la lucha por el mercado una sociedad fuerte adquiere los paquetes mayoritarios de otras sociedades, y no duda en sacrificar en su propio beneficio los intereses de éstas. Sin llegar a tales extremos, puede ocurrir que el accionista o los accionistas preponderantes en una sociedad impongan a ésta contratos gravosos en beneficio propio o exclusivo, o en beneficio de un tercero con el que estén ligados económicamente, lesionando así el interés social y el de los demás socios.

Fuera de estos casos, también el funcionamiento real de las

⁴⁵⁴Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.305.

grandes sociedades mercantiles, y especialmente de las entidades de crédito, favorece el abuso de la posición dominante⁴⁵⁵. En el caso de los Bancos este abuso se manifiesta, por ejemplo, en la realización de operaciones no crediticias entre los accionistas controladores y la propia entidad financiera. La finalidad perseguida es doble: transferir beneficios del Banco a un tercero o aflorar beneficios para el Banco absolutamente ficticios⁴⁵⁶.

En estos y otros supuestos semejantes la legalidad formal de las actuaciones sociales puede quedar intacta: es fácil cometer esos atropellos sin violar prescripciones concretas de la ley o de los estatutos. Pero hay exigencias de justicia que están por encima de la observancia de normas jurídicas escritas y no permiten dejar desamparados a los socios perjudicados por esos acuerdos; de ahí que la legislación mercantil ampare eficazmente el derecho de las minorías cuando resulte afectado por la fuerza de los poderes mayoritarios, permitiendo la impugnación de los acuerdos en que se lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas⁴⁵⁷.

En conclusión, aplicando los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal no queda sino decir que la regulación mercantil es suficiente, puesto que permite impugnar los acuerdos en los que la voluntad contraria al interés social ha sido determinante para su adopción; cuando dicha voluntad

⁴⁵⁵Posición dominante que se puede lograr, ante la atomización de la propiedad de las acciones, comprando un tanto por ciento realmente mínimo del capital social.

⁴⁵⁶Resume así FANJUL DE ALCOCER: **Aspectos jurídicos de las crisis bancarias en España**. cit. pág.143, la mecánica de estas operaciones: el Banco A vende a la sociedad B un solar en precio X que, a las pocas semanas, el Banco vuelve a comprar a precio 3X, con un beneficio substancial para la sociedad B y con una sobrevaloración patrimonial importantísima para el Banco A.

⁴⁵⁷Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: **La Junta general de accionistas**. cit. págs.336 y siguiente.

no ha podido imponerse debe resultar irrelevante tanto en el campo mercantil como en el penal.

Dentro del grupo de las infidelidades sociales con entidad suficiente para ser objeto de sanción penal se encuentra el abuso de posición preeminente fraudulentamente obtenida. El medio más común para ostentar dicha posición preeminente es la formación de mayorías ficticias, obtenidas por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del voto a quien legalmente carece del mismo, por negación del mismo a quien le corresponde legalmente o, en fin, por cualquier otro medio o procedimiento semejante⁴⁵⁸. A juicio de HEREDERO, en los primeros tres casos el bien jurídico penalmente protegido sería el derecho de voto como atributo esencial de la acción, aunque precisa que "el accionista puede ser dañado por el voto fraudulento de quienes simulan la condición de accionistas"⁴⁵⁹. No comparto dicha opinión, puesto que el derecho de voto no se configura a mi juicio como un interés con entidad suficiente para ser objeto de protección jurídico-penal. Tal como son analizadas por HEREDERO se trata de meras infracciones de deberes jurídicos extrapenales. En primer lugar, el interés de los socios en una deliberación correcta no es equiparable al que pueda corresponder a los administradores. Efectivamente, el interés de los socios en un correcto funcionamiento de los órganos sociales se liga estrechamente a otro de naturaleza patrimonial, puesto que la decisión adoptada mediante el abuso de posición mayoritaria obtenida fraudulentamente puede incidir bien directamente en el patrimonio de los socios, bien mediatamente al perjudicar el interés económico-patrimonial de la sociedad, mientras que el interés de los administradores se

⁴⁵⁸Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.90 y siguiente, quien señala que una fórmula como "otros medios lícitos" permite cobijar una gran pluralidad de supuestos, aunque hayan de ser de entidad semejante a la de los enumerados *ad exemplum*.

⁴⁵⁹HEREDERO: *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*. cit. pág.50.

circunscribe al ámbito de la responsabilidad por el control y la ejecución de los acuerdos adoptados⁴⁶⁰. En cuanto al interés en el correcto funcionamiento de los órganos sociales, se trata evidentemente de un interés de carácter mixto, por un lado básicamente "interno", del cual son titulares tanto la sociedad mercantil como los socios considerados individualmente⁴⁶¹, y por otra parte "externo", en cuanto también corresponde la titularidad a los terceros en general y especialmente a los acreedores sociales. Se trata además de un interés que cabe elevar al grado de "interés general" del mercado.

Dentro del grupo de conductas que hemos denominado "infidelidades" hay que incluir los abusos no ya de posición mayoritaria sino de confianza⁴⁶². Un ejemplo de estos abusos es el incumplimiento del deber de guardar secreto sobre las informaciones sociales de carácter confidencial⁴⁶³, exigible aun después de cesar el administrador en sus funciones (artículo 127. 2 LSA). Esta obligación representa una novedad absoluta en nuestro Derecho de sociedades anónimas⁴⁶⁴, y su introducción parece deberse a la anticipación a lo dispuesto

⁴⁶⁰Cfr. PACCHI PESUCCI: Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione. cit. págs.42 y siguiente.

⁴⁶¹Cfr. PEDRAZZI: Gestione d'impresa e responsabilità penale. cit. pág.222.

⁴⁶²TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. págs.91 y siguiente.

⁴⁶³La prohibición de revelar secretos comerciales constituye uno de los núcleos en que se concreta la obligación de protección de intereses ajenos que recae sobre los administradores. Cfr. HOPT: Derechos y obligaciones de la Dirección en relación con la <<composición del accionariado>>. cit. pág.874. Vid. también QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. pág.326.

⁴⁶⁴POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.136. El precepto se repite casi textualmente en el párrafo segundo del artículo 64. 1 de la Ley general de cooperativas, de 2 de abril de 1987.

en la Propuesta modificada de Quinta Directiva sobre sociedades, en el sentido de que todos los miembros de los órganos de dirección y vigilancia guardarán la precaución necesaria en lo que concierne a las informaciones sociales de carácter confidencial⁴⁶⁵ de las que disponen, conservando esta obligación incluso después de cesar en sus funciones⁴⁶⁶. La divulgación de informaciones sociales reservadas se caracteriza por la infidelidad, puesto que supone la violación del deber de exclusiva tutela del interés social⁴⁶⁷, apareciendo un conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad mercantil⁴⁶⁸.

En relación con la violación del deber de guardar secreto

⁴⁶⁵Artículos 10 a) apartado tercero y 21 q) apartado tercero. Se entiende por informaciones sociales reservadas "todas aquellas informaciones de carácter restringido cuyo general conocimiento puede perjudicar los intereses de la entidad". BURGOS/ MARTINEZ/ OLABARRI: **Reforma de la legislación mercantil**. cit. pág.190. Esta obligación existe desde hace años en el Ordenamiento alemán, donde su violación es además objeto de sanción penal.

⁴⁶⁶Señala VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1º. 1991, cit. pág.649, que "el deber de secreto es perpetuo, en tanto subsista el interés de la sociedad".

Vid. sobre la relación entre la norma comunitaria y la española, críticamente acerca de la introducción de esta obligación en nuestro Derecho, POLO: **Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima**. cit. págs.136 y siguientes.

⁴⁶⁷No se protege a los socios o a terceros, sino exclusivamente a la sociedad mercantil. Cfr. SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: **GmbH-Gesetz**. 15. Aufl. 1988, cit. § 85, Rn.1 (pág.1287); FISCHER, R./ LUTTER, M./ HOMMELHOFF, P.: **GmbH-Gesetz Kommentar**. 12. Aufl. Köln, 1987, § 85, Rn.1; RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**. cit. pág.685. Vid. no obstante TIEDEMANN en SCHOLZ: **Komm. zum GmbH-Gesetz**. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 85, Rn.2, quien afirma que se tutela también el interés de los socios.

⁴⁶⁸Cfr. NAPOLEONI, V.: **I reati societari**. II. **Infedeltà ed abusi di potere**. Milano, 1992, pág.10; SALELLES CLIMENT: **El funcionamiento del Consejo de Administración**. cit. págs.189 y siguiente.

la doctrina italiana suele estudiar el uso de información privilegiada por parte de los administradores para negociar en el mercado de valores (*insider trading*)⁴⁶⁹, considerándolo como un supuesto específico bien de la prohibición de divulgar los secretos de la sociedad⁴⁷⁰, bien del conflicto de intereses.

Puede considerarse que el abuso de confianza o la infidelidad son el fundamento de la prohibición de utilización de información confidencial obtenida por ciertos sujetos en el desempeño de su cargo, entre los que se encuentran los administradores de sociedades, para negociar ventajosamente en el mercado de valores⁴⁷¹. Se sanciona de esta forma al "corporate insider", iniciado o sujeto que opera con información privilegiada en el ámbito estrictamente societario⁴⁷², destinatario originario e indiscutido de la

⁴⁶⁹Aunque no hay inconveniente en utilizar la expresión inglesa "insider trading" para cualquier clase de operación mercantil en la que intervenga una persona que posee información privilegiada, su uso se restringe habitualmente a las operaciones realizadas en el mercado de valores. Cfr. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: **Los delitos societarios en la reforma penal**. en AA.VV.: **Hacia un Derecho penal económico europeo**. cit. pág.163.

⁴⁷⁰Vid. por ejemplo CARRIERO, G.: **Informazione, mercato, buona fede. Il cosiddetto insider trading**. Milano, 1992, pág.22 y siguientes. Ello se explica porque en el artículo 2622 C.c. italiano se castiga tanto la divulgación como la utilización, sin motivo justificado, en beneficio propio o ajeno, de noticias conocidas en el ejercicio de su cargo por los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores de la sociedad.

⁴⁷¹Cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: **El abuso de información privilegiada**. "CPC" núm.37, 1989, pág.144.

⁴⁷²Cfr. RIDER, B.A.K.: **L'attività di repressione dell'insider trading in Gran Bretagna**. en RABITTI BEDOGNI (a cura di): **Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario**. cit. págs.48 y siguiente; SVETCHINE: **La repressione dell'insider trading nell'esperienza francese**. en RABITTI BEDOGNI (a cura di): op. cit. págs.68 y siguiente.

prohibición⁴⁷³.

Ahora bien, aunque la existencia de un deber de lealtad o fidelidad quebrantado puede identificarse en casi todos los supuestos de utilización de información privilegiada por iniciados societarios, la prohibición del uso de información privilegiada para negociar en el mercado de valores, tal y como se ha ido configurando en la legislación española vigente y proyectada, no pretende ni la tutela de dicha relación ni la de la sociedad mercantil de la cual procede la información⁴⁷⁴, ni tampoco la protección de la igualdad de los participantes en dicho mercado. Existe aquí un interés supraindividual⁴⁷⁵, general, en la medida en que efectivamente la conducta del "insider" daña o pone en peligro concreto la credibilidad del

⁴⁷³Actualmente se afirma, sin embargo, que la incriminación de los sujetos que, sin vinculación con la sociedad de la que proviene la información, se aprovechan de ella, desnaturaliza el origen y la finalidad del delito: prohibir el uso de información privilegiada a los iniciados en sentido estricto, esto es, a los *corporate insiders*. Cfr. entre otros ARROYO ZAPATERO, L.: **El abuso de información privilegiada en el Derecho español**. en AA.VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. cit. pág.58; BARTALENA, A.: **L'abuso di informazioni privilegiate**. Milano, 1989, págs.115 y siguientes; GONZALEZ CUSSAC: **El abuso de información privilegiada**. cit. pág.144.

⁴⁷⁴La solución legislativa italiana vincula efectivamente la punición del *insider* societario con la causación de un perjuicio a la sociedad mercantil, razón por la cual un sector doctrinal considera que se tutela directamente a la sociedad de la que proviene la información. Vid. en contra, no obstante, CARRIERO: **Informazione, mercato, buona fede**. cit. págs.25 y siguientes; y SEMINARA, S.: **Insider trading e Diritto penale**. Milano, 1989, pág.8, quienes señalan que en no pocas ocasiones la sociedad puede incluso verse favorecida, al aumentar la cotización de sus acciones como consecuencia del aumento en el volumen de negocios provocado por la actuación del *insider*. En el mismo sentido, vid. MUÑOZ CONDE: **Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma**. cit. pág.275.

⁴⁷⁵Vid. INSOLERA, G.: **Riflessioni in tema di insider trading**. "Ind. Pen." 1992, págs.453 y siguiente; MUSCO, E.: **I reati di insider trading**. "Rivista di Diritto Penale dell'Economia" núm.3, 1993, pág.334.

mercado de valores⁴⁷⁶. El uso de información reservada afecta al propio sistema, que deja de ofrecer confianza pudiendo conducir a una retracción del mercado con el consiguiente perjuicio sobre el sistema económico en su conjunto⁴⁷⁷. Si el inversor deja de confiar en un mercado opaco, sabedor de que existe un volumen importante de información a la que no tiene acceso y que le coloca en situación de inferioridad, se causará un grave perjuicio al sistema económico, que se verá imposibilitado para cumplir las funciones que un mercado de valores eficiente debe desarrollar⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶Cfr., entre otros, BARTALENA: L'abuso di informazioni privilegiate. cit. pág.92; FERNANDEZ ATELA, G.: Insider trading: evolución, doctrina y regulación en los Estados Unidos de América. "RDBB" núm.31, 1988, pág.562; GONZALEZ CUSSAC: El abuso de información privilegiada. cit. pág.141; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J./ TAPIA HERMIDA, A.: El abuso de información privilegiada ("insider trading" y operaciones de iniciados). "RDBB" núm.28, 1987, pág.753. Más ampliamente SEMINARA: Insider trading e Diritto penale. cit. págs.88 y siguientes.

⁴⁷⁷Cfr. ARROYO ZAPATERO: El abuso de información privilegiada en el Derecho español vigente y en el proyecto de Código Penal. cit. pág.55. Vid. también MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. págs.275 y siguiente; FORTUNA: L'insider trading: l'esperienza del mercato. en RABITTI BEDOGNI, C. (a cura di): Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario: l'insider trading. Milano, 1992, págs.134 y siguiente; GONZALEZ RUS, J. J.: Aproximación a los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código penal de 1992. en AA.VV.: Hacia un Derecho penal económico europeo. cit. pág.183; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: El <<Insider Trading>>. "ADPCP" 1993, pág.1034; SANCHEZ-CALERO GUILARTE/ TAPIA HERMIDA: El abuso de información privilegiada. cit. págs.751 y siguiente; SEMINARA: Insider trading e Diritto penale. cit. págs.88 y siguientes.

⁴⁷⁸SANCHEZ-CALERO GUILARTE/ TAPIA HERMIDA: El abuso de información privilegiada. cit. pág.753. Cfr. también LOSS: The Fiduciary Concept as Applied to Trading by Corporate "Insiders" in the United States. "The Mod. Law Rev." 1970, pág.36, quien afirma que "the very preservation of any capital market depends on liquidity, which rests in turn on the investor's confidence that current quotations accurately reflect the objective value of his investment". No obstante, algunos autores distinguen entre la finalidad de asegurar la "fairness" del mercado, que implica la represión del uso de información privilegiada, y la "Allokations-effizienz" del mercado, que puede perseguirse a través de todos los instrumentos que permiten una rápida

Y ello puesto que las conductas constitutivas de "insider trading" alejan al mercado de la función social de interés público que le corresponde y representan una distorsión de su funcionamiento, al incrementar la desconfianza de los inversores, causa principal de las sucesivas crisis que han afectado y afectan a los mercados mundiales.

Al tratarse de una figura de un alcance general que supera en mucho el ámbito societario⁴⁷⁹, no corresponde más que dejar constancia de que en ocasiones el fundamento de la prohibición del uso de información privilegiada se ha querido ver en el quebrantamiento de la relación de fidelidad que une al administrador con la sociedad de la que proviene la noticia⁴⁸⁰ o en los perjuicios causados a la misma. Después del reconocimiento de que la normativa sobre uso de información privilegiada protege intereses no reconducibles a los propios de la sociedad mercantil, y descartada a nivel comunitario la propuesta de reducir el ámbito de sujetos activos a los *corporate insiders*, el tema escapa del ámbito de un estudio dedicado a los delitos societarios.

Entre las infidelidades societarias destaca la infidelidad patrimonial, objeto de renovada atención en los últimos años por parte de la doctrina, tanto española como italiana⁴⁸¹ y

adecuación de las cotizaciones, entre los cuales se halla el uso de información privilegiada. En este sentido, vid. por todos KUBLER: *Anlageberatung durch Kreditinstitute*. "ZHR" 1981, págs.204 y siguientes, y especialmente pág.209.

⁴⁷⁹Como señala MUÑOZ CONDE: *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*. cit. pág.275, los intereses tutelados por el delito de uso de información privilegiada son de naturaleza económico-social, distintos a los puramente patrimoniales societarios.

⁴⁸⁰Cfr. CAMPANELLI, M.: *L'insider trading*. "Banca, borsa, tit. cred." 1988 I, pág.776.

⁴⁸¹En Italia, la mayor parte de los estudios doctrinales analizan el tema desde el punto de vista de la regulación bancaria, lo cual se debe, según FOFFANI, L.: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. "Ind. pen."

alemana⁴⁸². Su punición permitiría "el castigo de los abusos de la estructura social que, siendo distintos a aquéllos que tienen por objeto el ejercicio del derecho al voto, se traduzcan en daño o grave peligro para los bienes confiados a los órganos sociales"⁴⁸³.

La urgencia de legislar en este sentido, incriminando de forma específica conductas que sólo forzando el sentido de los textos legales pueden incluirse en ellos, es sentida no sólo por la doctrina española sino también por la italiana⁴⁸⁴. Se

1985, pág.466, a la reciente evolución de la jurisprudencia en materia bancaria. Vid. por todos, BRICOLA, F.: *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle sezioni unite e progetti di riforma*. "Ind. pen." 1982, pág.444; del mismo autor: *La disciplina penale dell'intermediazione finanziaria nella legge n.77 del 23 marzo 1983*. "Economia, banca e congiuntura" 1983, págs.502 y siguientes; FLICK, G. M.: *Attività bancaria e pubblico servizio: i termini attuali del dibattito*. "Riv. soc." 1982, págs.749 y siguientes; FIORELLA, A.: *Intermediazione del credito e reati bancari (Prime riflessioni in una prospettiva di riforma)*. En NEPPI MODONA e altri: *Materiali per una riforma del sistema penale*. Milano, 1984, págs.252 y siguientes.

⁴⁸²En Alemania, como hemos visto, las figuras de administración fraudulenta contenidas en leyes especiales han sido derogadas progresivamente por entenderse que el tenor del parágrafo 266 StGB es suficientemente amplio como para incluir todos los supuestos. Vid. no obstante las dudas que plantea TIEDEMANN en SCHOLZ: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. II. 8. Aufl. 1995, cit. Vor §§ 82 ff. Rn.11.

⁴⁸³TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.93. En el mismo sentido, vid. FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. pág.467.

⁴⁸⁴BARBERO SANTOS: *Los delitos económicos en el Derecho italiano*. cit. pág.247, señala que "el deber de fidelidad que constituye el vínculo esencial de la gestión en nombre de otro carece... de relevancia penal" en el Derecho italiano. Para solucionar esta laguna, NUVOLONE y PEDRAZZI han propuesto la introducción de una figura de infidelidad patrimonial similar a la existente en el Derecho alemán, como señala ALESSANDRI: *I reati societari*. cit. págs.504 y siguientes. Cfr. NUVOLONE: *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*. cit. especialmente págs.113 y siguiente, y 143 y siguientes; del mismo autor: *Infedeltà patrimoniale*. cit. págs.452 y siguientes; PEDRAZZI, C.: *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli*

ha puesto de relieve que la llamada administración fraudulenta "no debería limitarse exclusivamente a los administradores de una sociedad, sino incluir a todos los que tienen por alguna razón específica manejo de bienes o fondos ajenos"⁴⁸⁵, y ello en tanto en cuanto la época y el sistema económico actual "se caracterizan por la existencia de gran número de administradores fiduciarios de los bienes ajenos, con amplias posibilidades de que hagan mal uso de la confianza que en ellos se deposita"⁴⁸⁶.

Con la protección penal del deber de fidelidad

amministratori. "RIDP" 1953, págs.536 y siguientes. A estas propuestas se añaden, entre otras, las de FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. págs.466 y siguientes; MAZZACUVA en MAZZACUVA (dir.): *I reati societari*. cit. pág.33. No obstante, vid. en contra ZUCALÀ: *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società*. cit. pág.151.

⁴⁸⁵STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.14. Vid. también BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.405; DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: *Los delitos societarios en la reforma penal*. cit. pág.162; MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: *Los delitos societarios en el PLOCP*. cit. pág.192; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*. Barcelona, 1994, pág.538; MUÑOZ CONDE: *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP*. cit. pág.116, nota núm.19; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.860; del mismo autor: *Delitos societarios*. cit. págs.93 y siguiente; VIVES en VIVES ANTON, T. S./ BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. L./ GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 1993, pág.962. Recientemente, MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.340 y siguientes, ha afirmado la necesidad de incorporar al Código penal español un genérico delito de administración desleal del patrimonio ajeno, al margen de la creación de un específico delito societario o incluso admitiendo su compatibilidad con éste.

⁴⁸⁶KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.173.

patrimonial⁴⁸⁷ que corresponde a los administradores se pretende garantizar que la actividad de estos representantes se desarrolle siguiendo parámetros de corrección empresarial⁴⁸⁸, evitando "la impunidad de las graves y reiteradas conductas de desaprensivos administradores de entidades de crédito que han conculcado, en beneficio propio o de sus copartícipes, la normativa de distribución del riesgo, única previsión reglamentaria específicamente destinada a impedir esas administraciones desleales"⁴⁸⁹.

La gama de conductas que responden a esta tipología es muy amplia, puesto que lo que se trata de evitar es la malversación del patrimonio social debida a operaciones realizadas superando los límites del riesgo permitido, abusos de poder dentro de los grupos de sociedades⁴⁹⁰, o el simple saqueo del patrimonio social por parte de los miembros del órgano de administración⁴⁹¹.

⁴⁸⁷Es precisamente este deber el que debe ser lesionado para entender consumado el delito. Cfr. TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. pág.327. Vid. también HÜBNER: *LK*. 10. Aufl.: 1988; cit. § 266, Rn.53, 54 y 81, con ulteriores comentarios.

⁴⁸⁸Cfr. ALESSANDRI, A.: *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*. "RIDPP" 1992, pág.507.

⁴⁸⁹STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.14. En este sentido añade TIEDEMANN que la figura delictiva de la infidelidad sirve ante todo al mantenimiento de un fondo de garantía de los acreedores de la sociedad. Cfr. TIEDEMANN: *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*. cit. pág.11.

⁴⁹⁰Vid. ampliamente ALESSANDRI: *I reati societari*. cit. pág.509.

⁴⁹¹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.94.

4. 4. DELINCUENCIA SOCIETARIA Y DERECHO MERCANTIL: ¿INEFICACIA DE LA PERSECUCION EXTRAPENAL?.

4. 4. 1. Determinaciones previas.

Una vez que han sido determinados los intereses dignos de protección en el ámbito de las sociedades mercantiles, corresponde analizar la necesidad político-criminal de crear delitos societarios que los protejan teniendo en consideración el principio de subsidiariedad del Derecho penal. Como hemos tenido ocasión de ver, los postulados de este principio obligan al intérprete a comprobar la insuficiencia del Derecho mercantil en orden a la protección de los intereses que hemos individualizado⁴⁹².

Y en este sentido cabe congratularse de la tardanza en la aparición de un nuevo Código penal. En efecto, se ha dado tiempo durante esta larga espera a que se produjera la completa renovación de la legislación mercantil en materia de sociedades, lo cual estimamos especialmente satisfactorio. No debe olvidarse "que la reforma del Código Penal no debiera preceder a la del ordenamiento mercantil, sino a la inversa, ya que el instrumento penal sólo puede actuar válidamente cuando los instrumentos de prevención y control iusmercantilistas se hayan mostrado ineficaces"⁴⁹³. Con razón lamentaba TERRADILLOS BASOCO⁴⁹⁴, en 1983, el establecimiento de los procesos de reforma de la legislación mercantil,

⁴⁹²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.851, quien relaciona esta necesidad no con el principio de subsidiariedad sino con el carácter de ultima ratio que debe tener el Derecho penal.

⁴⁹³MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.177.

⁴⁹⁴TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. págs.851 y siguiente.

señalando que "la criminalización apresurada de lo no definido con nitidez en la legislación mercantil, puede ser de dudosa eficacia y aún de consecuencias opuestas a las confesadas si la existencia de la amenaza penal se toma como coartada para no acudir a otros controles de presumibles efectos preventivos".

Actualmente, sin embargo, con una LSA de 1989, que recoge las últimas Directivas comunitarias, y una reciente LSRL de 1995, que además del nuevo régimen que aporta para las SRL introduce modificaciones de cierta entidad en la LSA, han desaparecido tales motivos de queja. El legislador español ha establecido ya los controles preventivos y las garantías extrapenales en protección de la sociedad, de los socios y de terceros, y puede por ello proceder a considerar la conveniencia de crear un capítulo dedicado a los delitos societarios en el nuevo Código penal⁴⁹⁵.

En fin, tomo como punto de partida que "sólo una contemplación conjunta por parte del legislador de todos los mecanismos de control y, en su caso, de sanción, puede permitirle la adopción de decisiones político-criminalmente correctas"⁴⁹⁶.

En el sector de la delincuencia que nos ocupa, el Derecho penal debe quedar reservado para aquellos ilícitos que no puedan impedirse mediante el empleo de eficaces medidas de Derecho mercantil⁴⁹⁷. El estudio de estas medidas sirve para preguntarnos hasta cuándo la realidad de las sociedades mercantiles, especialmente de las capitalistas, va a mantener

⁴⁹⁵Cfr. en este sentido MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.177.

⁴⁹⁶TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.26.

⁴⁹⁷STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.56.

en nuestro país el divorcio entre, por un lado, un régimen de responsabilidad de los administradores claramente inspirado en un agravamiento del régimen común del Código civil y, por otro lado, la existencia generalizada de administradores/ socios, elegidos por ellos mismos o con el concurso de los demás accionistas más en atención a su condición de propietarios que a la de profesionales de la administración de empresas⁴⁹⁸.

Generalmente, plantear la cuestión de la responsabilidad de los administradores en el ámbito del Derecho mercantil remite, en forma más o menos directa, al régimen previsto en la LSA. Es en este marco donde habitualmente se han debatido las principales cuestiones acerca de la responsabilidad de los administradores de sociedades.

Los mecanismos mercantiles de exigencia de responsabilidad a los administradores tienen como fin principal restaurar el *statu quo* previo a la violación, mediante el resarcimiento de los daños y la cesación del comportamiento antijurídico⁴⁹⁹.

Junto a estos mecanismos, se ha ido configurando sistemáticamente una categoría de responsabilidad propiamente administrativa que afecta sólo a los administradores de ciertas sociedades por razón de su actividad específica. Así sucede en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, en la LMV, y, en la medida en que se ve afectada en el mismo sentido, en la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984.

Debemos proceder entonces, en primer lugar, al estudio de

⁴⁹⁸Cfr. VICENT CHULIA, F.: Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas. "Derecho de los Negocios" núm.28, 1993, pág.3.

⁴⁹⁹Cfr. PALAZZO, F.: Bene giuridico e tipi di sanzioni. "Ind. pen." 1992, pág.214. Vid. también QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. págs.293 y siguiente.

sus presupuestos y nivel de eficacia, y, en segundo lugar, a determinar la relación entre estos dos regímenes de responsabilidad, en la medida en que ambos son aplicables a los administradores.

4. 4. 2. La responsabilidad civil de los administradores.

Tradicionalmente, el Ordenamiento mercantil ha venido manteniendo una postura benévola con respecto al problema de la responsabilidad de los administradores de las sociedades⁵⁰⁰. Ello se reflejaba en la imputación de responsabilidad no por toda posible falta de diligencia sino exclusivamente por culpa lata (dolo y negligencia grave). La culpa leve y la levísima quedaron excluidas del sistema de responsabilidad del socio administrador ya en el Código de Comercio de 1829, manteniéndose la misma situación en el Código vigente⁵⁰¹ y en la LSA de 1951, la cual recogió un sistema de responsabilidad basado sobre el daño causado "por malicia, abuso de facultades o negligencia grave"⁵⁰².

⁵⁰⁰Cfr. GARRIGUES/ URIA: *Comentario a la LSA*. II. 1976, cit. pág.164; URIA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.345.

La mención de los administradores incluye a los actuales y a los pasados, "puesto que -aunque parezca obvio decirlo- al hablar el artículo 134 de "acción de responsabilidad contra los administradores" no quiere limitarse a aquéllos con cargo actual, puesto que otra cosa sería favorecer la irresponsabilidad mediante el fácil recurso de la renuncia al cargo". GARRETA SUCH: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. cit. pág.98.

⁵⁰¹Artículo 144 C.Co.: "El daño que sobreviniere a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo, si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación".

⁵⁰²Sobre la responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, vid. ampliamente GARRETA SUCH: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores*

El TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, ha tratado de lograr un sistema de responsabilidad más enérgico y completo que el anterior, estableciendo el deber de diligencia y la responsabilidad profesional del administrador⁵⁰³, incluyendo, frente a lo que sucedía anteriormente, la derivada de los daños causados por simple negligencia⁵⁰⁴. Estamos en el ámbito de una responsabilidad por contravención del deber de diligencia en el ámbito de determinadas competencias⁵⁰⁵.

La responsabilidad de los administradores en el caso de actuaciones de los órganos colegiados es solidaria. Responden

de las sociedades. cit. págs.57 y siguientes.

⁵⁰³Artículo 127. 1 LSA: "Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal".

Artículo 133. 1: "Los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo".

La actual LSA permite que desempeñen el cargo de administrador las personas jurídicas. Ahora bien, ello plantea el problema de si las consecuencias patrimoniales de la responsabilidad del administrador son trasladables a la persona jurídica en cuyo interés se ejerce el cargo. Para POLO, E.: **El ejercicio del cargo de administrador de la Sociedad Anónima por las personas jurídicas.** "RDM" núm.98, 1965, págs.233 y siguientes, "serán exigibles a la entidad representada y no a aquél, sin perjuicio de que luego ésta pueda exigirle las que estime convenientes por no haberse atendido a las instrucciones recibidas".

⁵⁰⁴Como señala POLO: **Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima.** cit. págs.280 y siguiente, el nuevo artículo 133 "modifica el tradicional régimen de responsabilidad de nuestros administradores acercándolo al de otras legislaciones mediante la supresión de la franquicia por la culpa leve, el establecimiento de un mayor rigor en los criterios de imputación de la responsabilidad y la instauración de la solidaridad de los administradores en el resarcimiento del daño".

⁵⁰⁵Cfr. ALONSO UREBA: **Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima.** cit. pág.648.

"todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo"⁵⁰⁶. La LSA exime de responsabilidad únicamente a "los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél" (artículo 133. 2). Como vemos, todos los miembros del órgano de administración se presumen culpables, correspondiendo la carga de demostrar la inocencia al interesado; por otra parte, todos los que hayan tomado el acuerdo se presumen igualmente culpables, sin admitirse graduaciones. La culpa, en el caso de actos de los órganos colegiados de administración, se presume colectiva⁵⁰⁷.

Señala específicamente la LSA que "en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general" (artículo 133. 3).

La acción de responsabilidad contra los administradores tiene carácter social en cuanto está dirigida a la protección

⁵⁰⁶Debe destacarse que la Ley habla de responsabilidad de los administradores, y no de responsabilidad del Consejo de administración. El sistema legal es, pues, el de la responsabilidad individual del administrador. Como han señalado GARRIGUES/ URIA: **Comentario a la LSA. II. 1976**, cit. pág.168, "responden los miembros del Consejo y no el Consejo mismo como órgano colegiado".

⁵⁰⁷GARRETA SUCH: **La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima**. cit. págs.49 y siguiente.

Ya con referencia a la anterior LSA, ponían de relieve GARRIGUES/ URIA: **Comentario a la LSA. II. 1976**, cit. págs.170 y siguiente, que "en la mayoría de los casos es muy difícil individualizar la culpa de los miembros del Consejo de administración determinando el grado de participación de cada uno de ellos en el hecho o en la omisión culpable. En estos casos la culpa tiene que imputarse a todos los administradores colectivamente, por ser también colectivo el modo cómo actuaron. Hablando con exactitud, diríamos que en tal supuesto, más que una solidaridad, lo que hay es una obligación *in solidum* nacida de la imposibilidad práctica de repartir la responsabilidad entre los coautores del hecho dañoso".

y defensa del patrimonio o de los intereses sociales en general, mediante el resarcimiento del daño sufrido⁵⁰⁸. De ahí la razón de que sea atribuida en primer término a la sociedad, con carácter subsidiario a los accionistas y, en último extremo, a los acreedores sociales, interesados en contar con el patrimonio social como garantía de sus créditos⁵⁰⁹. El denominador común consiste en que el origen de la responsabilidad es siempre orgánico: es decir, "el incumplimiento por los administradores del deber de diligencia legalmente exigido respecto de sus obligaciones como tales"⁵¹⁰.

La acción social de responsabilidad puede ser entablada en cualquier momento, "previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el artículo 93 para la adopción de este acuerdo". Pero la junta general "podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social" (artículo

⁵⁰⁸Vid. ampliamente ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. págs.647 y siguiente; SUAREZ-LLANOS GOMEZ, L.: Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social). "ADC" 1962, págs.924 y siguientes.

⁵⁰⁹Cfr. URÍA: Derecho Mercantil. 1993, cit. pág.347. Se trata de reparar los daños ocasionados al patrimonio social y que sólo indirectamente o de manera refleja afectan también a accionistas y acreedores, que pueden ver cómo a consecuencia de la lesión patrimonial sufrida por la sociedad las acciones descienden en su valor real y el patrimonio disminuye en su función de garantía frente a los acreedores sociales. Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.685; POLO: Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.297, y la bibliografía allí recogida; GARRETA SUCH: La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades. cit. pág.116.

⁵¹⁰ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.652.

134. 1 y 2). De esta forma la minoría dispone de un derecho de veto a la renuncia de la acción o a la transacción después de la iniciación del proceso. En cualquier caso, "el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados" (artículo 134. 2 *in fine*).

La misma minoría también puede solicitar que los administradores convoquen la junta general, con el fin de que ésta decida sobre la acción de responsabilidad, e, igualmente, puede entablar conjuntamente esa acción en defensa del interés social cuando los administradores no convoquen la junta solicitada, cuando la sociedad no entable la acción, dentro del plazo de un mes contado desde la fecha del correspondiente acuerdo, o cuando éste hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad (artículo 134. 4). Como indica URIA, "en un supuesto, el ejercicio de la acción por la minoría tiende a corregir la pasividad de la sociedad que, habiendo acordado el ejercicio de la acción, deja transcurrir más de un mes sin iniciar el proceso. En otro, la minoría toma la defensa del interés social abandonado por la mayoría. Y, en uno y otro caso, los accionistas demandantes actúan como representantes de la sociedad y en interés directo de ésta, que hará suya la indemnización que en su caso se obtenga".

Los acreedores de la sociedad sólo pueden ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando la acción no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos (artículo 134. 5). El acreedor reclama para la sociedad, en beneficio de la cual ejercita subsidiariamente la acción social ante la pasividad o negligencia de la sociedad y de los accionistas.

Por lo que se refiere al ejercicio de la acción social de responsabilidad durante la fase de liquidación, no parece plantearse en la doctrina ninguna duda acerca de su

admisibilidad, aunque se presenten algunas particularidades⁵¹¹.

La acción individual de responsabilidad corresponde "a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos" (artículo 135 LSA). En tal caso, el perjudicado reclama de forma individual la indemnización del daño sufrido directamente en su patrimonio⁵¹². La legitimación se atribuye a cualquier persona, sea o no accionista, y por tanto también a los acreedores sociales. "Ha de tratarse de responsabilidad personal del administrador frente a los accionistas o frente a tercero, y no de responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órganos social en nombre de ella"⁵¹³. Con respecto a ello, debemos tener en cuenta que el legislador se refiere a "actos de los administradores", esto es, a actuaciones singulares, concretas e individualizadas, realizadas por los administradores en su condición de tales, dentro de su esfera de gestión o representación, que no pueden ser atribuidos directamente a la sociedad⁵¹⁴.

Como ya señalaba al principio de este apartado, la regulación de la responsabilidad civil de los administradores se dirige principalmente a restaurar la situación vigente antes de la infracción.

⁵¹¹POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.367.

⁵¹²Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.685; GARRETA SUCH: La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades. cit. pág.126 y siguientes. La diferencia entre las acciones social e individual por el interés jurídico protegido se destaca unánimemente en la jurisprudencia. Vid. entre otras, la STS (Sala 1º) de 21 mayo 1985 (Ar. 2406).

⁵¹³URIA: Derecho Mercantil. 1993, cit. pág.348.

⁵¹⁴Cfr. GARRETA SUCH: La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades. cit. pág.131.

La doctrina tradicional en torno al instituto de la responsabilidad civil de los administradores ha deslindado los elementos o presupuestos que la integran: la realización de un daño, la culpa o el incumplimiento y la relación de causalidad entre ambos⁵¹⁵. En cuanto al daño, se trata de una realidad que debe ser objeto de prueba, y cuya reparación comprende, conforme al artículo 1106 C.c., "no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor"⁵¹⁶.

La regulación mercantil distingue claramente las dos fuentes tradicionales de responsabilidad de los administradores: de un lado, la conducta antijurídica, esto es, la violación de las normas legales o estatutarias cuyo incumplimiento ocasiona un daño al patrimonio social o individual⁵¹⁷; de otro, la conducta culposa, por la cual se entiende el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones no estrictamente legales ni estatutarias derivadas del cargo ejercido, y que atañen fundamentalmente al ejercicio de la empresa y la gestión empresarial⁵¹⁸.

⁵¹⁵Sobre la contemplación separada de estos elementos, vid. ampliamente QUIJANO GONZALEZ: *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*. cit. págs.203 y siguientes. Vid. también un estudio clásico en GARRIGUES/ URIA: *Comentario a la LSA*. II. Madrid, 1953, págs.128 y siguientes.

⁵¹⁶Vid. ampliamente ALONSO UREBA: *Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima*. cit. págs.686 y siguiente.

⁵¹⁷De acuerdo con URIA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.346; LOJENDIO OSBORNE: *Los administradores de la sociedad anónima*. Lección 22ª en JIMENEZ SANCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho Mercantil*. Barcelona, 1992, pág.283, la responsabilidad derivada de los actos contrarios a la ley o a los Estatutos es una responsabilidad que opera con independencia de la mayor o menor diligencia empleada por el administrador, al tratarse de una responsabilidad tipificada, profesional. Vid. en contra SANCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid, 1993, pág.248, quien exige que se trate de un incumplimiento culposo.

⁵¹⁸Cfr. POLO: *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*. cit. pág.288.

Las consideraciones efectuadas hasta ahora son también aplicables a la responsabilidad de los cargos delegados. Sin embargo, se plantea la cuestión de si la conducta de estos cargos delegados puede determinar la responsabilidad de los miembros del consejo de administración que ha delegado sus facultades. En general, la doctrina niega que exista culpa *in eligendo* del consejo, salvo cuando la designación como administrador no tenga su origen en la voluntad de los accionistas manifestada en la Junta general o en el acto constitutivo de la sociedad, sino que provenga del propio Consejo. Con respecto a responsabilidad por culpa *in vigilando*, la opinión doctrinal mayoritaria parece inclinarse por su admisibilidad⁵¹⁹.

La finalidad de la acción social de responsabilidad es única y exclusivamente la de reparar el daño causado, entendiendo que dicho daño no tiene que ser siempre patrimonial. No obstante debe advertirse que, tratándose de personas jurídicas, los daños morales son "de peor consecuencia y de más difícil reparación -en ocasiones- que los que afectan a personas físicas. No se nos escapa que en este apartado de daños morales, su evaluación será en muchos casos problemática y más teniendo en cuenta los restrictivos criterios por los que se rige la jurisprudencia en nuestro país"⁵²⁰.

Por otro lado, esta finalidad de resarcimiento de los

⁵¹⁹Vid. GIRON TENA: *Derecho de Sociedades Anónimas*. 1952, cit. pág.368; POLO: *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*. cit. págs.292 y siguiente; QUIJANO GONZALEZ: *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*. cit. págs.312 y siguiente.

⁵²⁰GARRETA SUCH: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. cit. pág.98.

En contra, vid. SUAREZ-LLANOS GOMEZ: *Responsabilidad de los Administradores de la S.A.* cit. pág.922, quien deduce la patrimonialidad del daño como requisito esencial de la acción social de responsabilidad, por entender que su ejercicio persigue siempre "la reintegración del patrimonio social disminuido por el daño causado por el administrador".

daños plantea, con respecto a la regulación mercantil de la responsabilidad de los administradores, la cuestión de las vías de actuación que se ofrecen al socio a quien se le niega o impide el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley, pero que no ha sufrido un perjuicio económico a causa de ello. La única opción que se ofrece al socio es la impugnación de los acuerdos sociales "que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad" (artículo 115. 1 LSA), y ello a pesar de que uno de los más salientes objetivos de la moderna problemática de los derechos del accionista es el de fortalecer su posición. En definitiva, se trata de hacer que la protección del accionista sea efectiva⁵²¹.

En la amplia categoría de los acuerdos impugnables se distinguen dos grandes sectores: los acuerdos radicalmente nulos y los simplemente anulables, distinción que adquiere sentido a la hora de determinar las personas legitimadas para la impugnación⁵²² y los plazos de caducidad y prescripción de las acciones impugnativas⁵²³. Deben reputarse radicalmente nulos

⁵²¹Cfr. DUQUE DOMINGUEZ en ALONSO UREBA y otros: Derecho de SA. II. Vol. 1. cit. pág.37.

⁵²²Para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos "están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo" (artículo 117. 1).

La acción de impugnación de los acuerdos sociales anulables puede ser ejercida por los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnados, los accionistas ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto y los administradores (artículo 117. 2).

⁵²³La acción de impugnación de los acuerdos nulos caduca en el plazo de un año. Pero "quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público" (artículo 116. 1).

El plazo de caducidad para la acción de impugnación de los acuerdos anulables es de cuarenta días (artículo 116. 2).

Ambos plazos de caducidad "se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo", salvo que se trate de acuerdos

los acuerdos contrarios a la ley, que podrán ser combatidos tanto mediante el ejercicio de la acción ordinaria de nulidad por el cauce del correspondiente juicio declarativo común, como mediante el ejercicio de la acción especial de impugnación por los trámites del juicio de menor cuantía (artículo 119 LSA). Entre los acuerdos nulos, con valor meramente ejemplificativo, podemos citar los siguientes⁵²⁴: a) los tomados sin cumplir los requisitos formales que la ley exige para regular la constitución y el funcionamiento de las Juntas generales⁵²⁵; b) los que no hayan sido tomados por mayoría absoluta de votos o por la mayoría especial eventualmente exigida en determinados casos⁵²⁶; c) aquéllos cuyo contenido vulnere un mandato legal⁵²⁷; d) los que sean contrarios a la moral, al orden

inscribibles en el Registro mercantil, en cuyo caso el plazo de caducidad se computará "desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro mercantil" (artículo 116. 3).

⁵²⁴URIA: **Derecho mercantil**. 1993, cit. pág.330.

⁵²⁵Por ejemplo, por falta de convocatoria (artículo 97 LSA); por haber sido ilegítimamente privado de asistir a la Junta algún accionista (artículo 104 LSA); por suprimir radicalmente todo debate o deliberación, privando a los accionistas asistentes del derecho de voz (artículo 104 LSA), etc.

⁵²⁶La nulidad de los acuerdos podrá provenir de no haberse podido formar la voluntad colectiva: cuando no haya sido tomado el acuerdo con la mayoría de votos de las acciones concurrentes a la junta según la lista de asistentes (artículo 93 LSA); cuando el acuerdo no haya obtenido la mayoría especial que la ley exige en determinados casos (artículos 103 y 134 LSA); cuando hayan sido decisivos para formar la mayoría votos que adolezcan de algún vicio que los invalide. Acerca de esta cuestión, vid. ALBORCH, C.: **Derecho de voto del accionista (supuestos especiales)**. cit. págs.157 y siguientes; GIRON TENA: **Derecho de Sociedades Anónimas**. 1952, cit. pág.322.

⁵²⁷Dentro de esta amplia categoría se incluyen los acuerdos que violen los derechos que la ley concede a los accionistas. En este sentido, vid. RUBIO: **Curso de Derecho de Sociedades Anónimas**. 3ª ed. 1974, cit. pág.244. Como ejemplos de acuerdos contrarios a la ley, pueden mencionarse los siguientes: emisión de acciones o de obligaciones convertibles bajo la par (artículos 47 y 292 LSA), o que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad (de nuevo, artículo 47 LSA); creación de acciones de voto plural o que alteren la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o de suscripción

público o a las buenas costumbres⁵²⁸; y e) los que violen los derechos que la ley concede a los accionistas.

Son, en cambio, meramente anulables los acuerdos que contravienen las normas estatutarias, bien en razón del propio contenido del acuerdo, bien por la forma en que éste haya sido tomado, y los que lesionan, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses sociales. En lo que se refiere a este último supuesto, era necesaria su inclusión expresa porque estos acuerdos, aunque de ordinario están revestidos con ropaje legal, en el fondo entrañan un grave peligro para los demás accionistas. Es precisamente a través de acuerdos de esa índole donde tiene su manifestación más clara el abuso y la extralimitación del poder de las mayorías⁵²⁹. Cuando la mayoría, que debe ser intérprete del interés social, como interés superior a todos los accionistas, toma un acuerdo que sin violar la ley ni los estatutos pospone los intereses de la sociedad al interés egoísta de uno o varios socios, hay que permitir a los demás la impugnación del acuerdo como medio de defender los intereses de la sociedad y los intereses propios que van inexcusablemente unidos al interés social.

La relación de causalidad entre la lesión al interés social y el beneficio de alguno o algunos de los socios o de terceros integra el supuesto de hecho recogido en el artículo 115 LSA. Para que se produzca el supuesto no se requiere la

preferente; el reparto de dividendos siendo el valor del patrimonio neto contable inferior al capital social (artículo 213. 2 LSA), etc.

⁵²⁸Vid. artículos 1116, 1255 y 1275 C.c. y 116. 1 LSA.

⁵²⁹Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.335.

presencia de ningún elemento intencional⁵³⁰, estimándose por la doctrina que si existe intención de dañar al interés social estaremos ante el referido supuesto aun cuando no se haya producido el beneficio de ningún socio⁵³¹. El beneficio de los socios o de terceros no debe entenderse en sentido exclusivamente económico, pues puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional⁵³², y aunque el accionista o el tercero reciban la utilidad a través de persona interpuesta. El Tribunal Supremo ha efectuado una interpretación flexible del precepto, afirmando que no cabe exigir que el perjuicio se produzca en el momento mismo de adoptarse el acuerdo impugnado, ni que haya de esperarse a que la lesión se cause para proclamar la nulidad⁵³³, ni que el acuerdo contravenga normas estatutarias, pues se considera suficiente la fundada previsibilidad de lesión⁵³⁴.

Las acciones de impugnación habrán de ser dirigidas contra la sociedad, puesto que únicamente ella está legitimada pasivamente para sufrir, como demandada, el peso de la impugnación (artículo 117. 3 LSA). Y en todo caso corresponde a quien impugna, como hecho en que basa su pretensión,

⁵³⁰Vid. GIRON TENA: **Derecho de Sociedades Anónimas**. 1952, cit. pág.328. En el mismo sentido, vid. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: **Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas**. cit. pág.47. En contra, RUBIO: **Curso de Derecho de Sociedades Anónimas**. 1964, cit. págs.219 y siguiente.

⁵³¹Vid. DUQUE DOMINGUEZ: **Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 LSA)**. cit. pág.226; URIA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: **La Junta general de accionistas**. cit. pág.337.

⁵³²Así, GARCIA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: **El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima**. 1991, cit. pág.540. En contra, sin embargo, vid. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: **Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas**. cit. pág.49.

⁵³³Vid. SSTs (Sala 1ª) de 2 julio 1963 (Ar. 3514), 4 marzo 1967 (Ar. 1349), 11 mayo 1968 (Ar. 68), 22 diciembre 1970 (Ar. 5632), entre otras.

⁵³⁴Vid. STS (Sala 1ª) de 4 marzo 1967 (Ar. 1349). Vid. ampliamente RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: **Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas**. cit. págs.45 y siguientes.

justificar la realidad del acuerdo lesivo y los beneficios privativos que se derivan del mismo⁵³⁵.

Antes de la LSA de 1989, nuestro Código de comercio no establecía ningún precepto sobre la impugnación de acuerdos sociales. Y si bien la posibilidad de combatir judicialmente los acuerdos sociales cuando existiera un interés digno de protección jurídica siempre pudo encontrar amparo en los principios generales del Ordenamiento jurídico, en la práctica se malograban casi todas las posibilidades que el Ordenamiento ofrecía para que el accionista aislado pudiera atacar los acuerdos sociales ilegales, por no ofrecer nuestras leyes un cauce procesal adecuado para el ejercicio de las acciones de impugnación⁵³⁶. Al verse obligado el accionista a seguir los trámites lentos y costosos del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, rara vez se decidía a entablar acciones judiciales contra los acuerdos mayoritarios de las juntas. Las mayorías podían actuar, así, con libertad casi absoluta para hacer uso abusivo de sus poderes.

Actualmente, como hemos visto, la LSA ofrece al fin un instrumento adecuado para constreñir a las mayorías a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades. El Derecho mercantil, aun aceptando que el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades, no quiere dejar a los socios que no secundan con su voto los acuerdos sociales, totalmente a merced de la mayoría cuando ésta, con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a todos los socios o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos.

Ahora bien, la protección de los socios minoritarios no

⁵³⁵Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.338.

⁵³⁶Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.304.

radica en limitar a su favor los derechos de la mayoría como tal mayoría, sino en impedir que ésta utilice abusivamente su poder en daño de la propia sociedad. No se puede pretender la imposición de cortapisas al poder legítimo de los grandes accionistas, sino procurar que hagan un uso legal de sus derechos⁵³⁷.

¿Qué vía queda a los socios minoritarios que sufren la imposición de acuerdos abusivos por parte de quienes gozan de una posición mayoritaria en la Junta?. Es perfectamente concebible la toma de acuerdos que lesionen los intereses de la minoría, en beneficio de otros accionistas o de terceros y que, sin embargo, no afectan al interés social, por lo que no será posible acudir a la impugnación de acuerdos sociales.

Pensemos, por ejemplo, en un supuesto de aumento de capital con emisión de nuevas acciones con cargo a nuevas aportaciones. Dos son los sistemas ofrecidos por el Derecho de sociedades para proteger a los antiguos accionistas, quedando a discreción de la Junta general el empleo de uno o de otro, o de ambos conjuntamente: la emisión de acciones con prima⁵³⁸ y el derecho de suscripción preferente⁵³⁹. Los accionistas mayoritarios pueden decidir en la Junta la emisión de nuevas

⁵³⁷Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.305.

⁵³⁸Mediante dicha emisión, el valor de las acciones suscritas por los nuevos accionistas supera al nominal, constituyendo la diferencia la prima de emisión, cuyo importe coincide con la parte alícuota de las reservas que correspondían a toda acción antigua. Así, el antiguo accionista no sufre ningún perjuicio económico, si bien se deja inalterado el problema del perjuicio causado en su posición jurídico política.

⁵³⁹Mediante este sistema, los antiguos accionistas tienen el derecho de suscribir de forma preferente las nuevas acciones en proporción a las que posean. Si lo ejercen, mantienen inalterada su posición en el seno de la sociedad tanto en su vertiente económica como política. Si lo transmiten, el debilitamiento de su posición política se compensa por el precio de la transmisión del derecho de suscripción.

acciones a la par con derecho de suscripción preferente, sabiendo que los accionistas minoritarios no pueden invertir de nuevo en la sociedad y que el derecho de suscripción preferente es en el caso concreto de difícil enajenación. La mayoría puede aprovechar tales circunstancias acordando sucesivas ampliaciones del capital con el exclusivo fin de reducir la participación política de los accionistas minoritarios o su porcentaje en el capital para conseguir de esta forma que no puedan ejercer determinado derecho de minoría⁵⁴⁰.

En fin, la vía civil no está exenta de problemas. La administración social de entidades de crédito nos ofrece un interesante campo de estudio, puesto que el negocio crediticio reúne características peculiares que lo hacen especialmente sensible a los riesgos de una administración negligente o simplemente inexperta⁵⁴¹. En estos casos, la realidad pone de manifiesto que la acción social de responsabilidad contra los administradores no llega a ser ejercitada. Cuando existen graves irregularidades en la administración del Banco en crisis, las acciones que se ejercitan son las penales, si hay base suficiente para ello, o las administrativas, y no las civiles. Y ello teniendo en cuenta que el protagonismo de los accionistas mayoritarios y de los dirigentes del órgano de gobierno de la entidad bancaria se dirige, con gran frecuencia, a eliminar cualquier posible exigencia de responsabilidad no ya únicamente penal, sino también civil o administrativa, desviando en su propio provecho cualquier operación de salvamento eventualmente planteada.

Por otra parte, una serie de causas, sistematizadas por

⁵⁴⁰Cfr. ALCOVER GARAU en ALONSO UREBA y otros: Derecho de Sociedades Anónimas. II. Vol. 2. cit. pág.897.

⁵⁴¹Como señala FANJUL DE ALCOCER: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias en España. cit. pág.138

ROJO FERNANDEZ-RIO⁵⁴², justifican la sistemática falta de ejercicio de la acción social de responsabilidad:

a) Legitimación pasiva. La acción civil obliga a demandar a todos los miembros del Consejo de administración, a fin de evitar una posible excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La técnica de "salvar el voto" en los acuerdos del Consejo que hayan causado daño es el único medio de exoneración de responsabilidad que contempla expresamente la LSA; desde otro ángulo, es excepcional que en los Consejos alguno de los consejeros salve el voto o vote en contra de las propuestas que se someten a votación, a pesar de contar con suficiente información como para adoptar una actitud distinta sobre el tema en cuestión.

b) La reparación anticipada. En segundo lugar, en la mayor parte de los casos se obliga a los administradores a la constitución de garantías para la cobertura de los riesgos que los mismos administradores o las empresas de las que formen parte o por ellos controladas tengan con el propio Banco, sobre todo cuando las firmas que aparecen como deudoras se corresponden con insolventes. La obtención de estas garantías, personales o reales según los casos, constituye una forma de reparación anticipada del daño causado al Banco en crisis, por lo que ante la eventual pretensión indemnizatoria, el demandado podrá esgrimir la inexistencia del daño o la efectiva reparación. En caso de que no se previera la constitución previa de estas garantías, suelen ser muy pocas las posibilidades de que los administradores puedan resarcir con su propio patrimonio los perjuicios causados⁵⁴³.

⁵⁴²ROJO FERNANDEZ-RIO: Aspectos civiles y mercantiles de las crisis bancarias. cit. págs.238 y siguientes.

⁵⁴³Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, I. J.: Los delitos societarios en el anteproyecto del nuevo Código Penal. "Actualidad Aranzadi" núm.48, 1992, pág.2.

c) La pérdida del interés en la exigencia de la responsabilidad. La lentitud del juicio declarativo de mayor cuantía, y la seguridad de sucesivos recursos de apelación y casación contra la sentencia eventualmente dictada por el Juez de Primera Instancia, prolongan el pleito durante años. El Banco en crisis, entre tanto, ha sido saneado, generalmente pasando a ser propiedad de otra Entidad bancaria. El Banco adquirente no suele tener interés en continuar un proceso contra personas que han pertenecido al mundo financiero. Tampoco el Fondo General de Depósitos tendrá interés en el ejercicio de la acción, puesto que se ocasionarían tensiones entre el Fondo y el Banco adquirente, ya que el interés primordial de éste último consistirá siempre en obtener cuanto antes no sólo la normalización operativa del Banco adjudicado, sino también la desconexión con la anterior administración de la Entidad, lo que se impide si se mantiene vivo el pleito sobre la acción de responsabilidad contra los administradores causantes de la crisis.

4. 4. 3. Responsabilidad administrativa en sectores específicos de actividad.

Es común a las legislaciones especiales sobre las actividades bancaria, de seguros y de intermediación en el mercado de valores el establecimiento de un amplio régimen sancionador sobre la base de distintas conductas calificadas como infracciones administrativas, estableciendo, además, un detallado régimen en materia de competencias y procedimiento.

La Ley 26/ 1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece, como hemos adelantado, un sistema administrativo sancionador en el ámbito de las entidades de crédito, que se ha extendido a otros campos por vía de remisión.

La Segunda Directiva comunitaria obliga a establecer un régimen sancionador para las entidades de crédito y sus dirigentes (artículo 17) de las normas bancarias, de las normas de contabilidad y de publicidad contable, siendo la sanción más grave la revocación de la autorización para el ejercicio de la profesión.

Este régimen sancionador, común para todas las entidades de crédito, se recoge en el Título I de la mencionada Ley 26/ 1988, derogando, por cuando se refiere a los bancos, el régimen que se recogía en la LOB de 1946. El nuevo régimen, partiendo de la base de la "absoluta necesidad de someter las entidades financieras a un régimen especial de supervisión administrativa, se caracteriza por los siguientes principios:

- La posibilidad de imposición cumulativa de sanciones penales y administrativas (artículo 2 Ley 26/ 1988).

- La responsabilidad de las personas jurídicas entidades de crédito (artículo 9 Ley 26/ 1988).

- La responsabilidad conjunta de las entidades de crédito y sus administradores. Según el artículo 12, se pueden imponer sanciones a quienes "ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción con arreglo al art. 15"⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴El artículo 15 de la Ley 26/ 1988 dispone lo siguiente:

"1. Quien ejerza en la entidad de crédito cargo de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, serán considerados responsables de la infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos:

a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados que no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar

Según el artículo 1. 1, están sometidos a esta disciplina sancionadora las entidades de crédito, así como los que ostentan cargos administrativos o de dirección que infrinjan la disciplina bancaria⁵⁴⁵. La reciente Ley 3/ 1994 ha añadido la responsabilidad administrativa de las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa o siendo españolas controlen una entidad de crédito dentro del ámbito de la UE, así como de quienes ostenten cargos de administración o dirección en dichas entidades responsables. Como vemos, se aplica también tanto a los poseedores de participaciones significativas como a los altos cargos, así como a la entidad cabeza de un grupo consolidable (artículo 16 de la Ley 26/ 1988 en relación al artículo 9 de la Ley 13/ 1985).

La Ley 26/ 1988 establece dos órdenes de sanciones, diferenciando las que recaen directamente sobre la entidad infractora y las que, de forma acumulada, se imponen a quienes "ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción".

En primer lugar, se establece en el artículo 15. 1 de la

a las infracciones.

b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad".

Sobre su interpretación, vid. ampliamente SUAY RINCON en FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R.: **Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito**. 2. ed. revisada. Madrid, 1991, págs.72 y siguientes.

⁵⁴⁵La propia Ley ofrece una definición de esta expresión, señalando que "ostentan cargos de administración o dirección en las entidades sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, sus directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados del mismo". A ellos se equiparan, expresamente o por remisión, las "personas que dirijan las sucursales de entidades de crédito (o las delegaciones de entidades aseguradoras) extranjeras en España".

Ley 26/ 1988 una responsabilidad personal, individual, de quienes ejercen cargos de administración o dirección de la entidad, "por infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dólora o negligente". En estos supuestos no cabría sancionar conjuntamente a la entidad, pues no se le imputa a ella la infracción sino a las personas físicas que, por dolo o negligencia, la han causado⁵⁴⁶.

Según el artículo 15. 2 Ley 26/ 1988, los administradores son considerados responsables de las infracciones graves o muy graves cometidas por la entidad conjuntamente con ésta. Se les reputa responsables de infracciones formalmente ajenas sin previa exigencia de culpa propia⁵⁴⁷, operándose, pues, con una presunción de culpa que no necesita ser demostrada: atribuida la infracción a la entidad, son considerados responsables, en principio, todos los administradores. En concreto, se presume la responsabilidad de los miembros del consejo de administración, salvo que demuestren su ausencia justificada en la reunión en que se adoptó el acuerdo o haber salvado su voto o haber votado en contra del mismo (artículo 15. 2, letras a y b). La presunción de culpa es, según la doctrina, una presunción *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario distinta de las mencionadas en dicho artículo⁵⁴⁸.

Esta responsabilidad es, lógicamente, independiente de la eventual responsabilidad penal, aunque en el caso de que se esté tramitando un proceso de este tipo deberá suspenderse el

⁵⁴⁶Cfr. QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. pág.314.

⁵⁴⁷Cfr. QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. pág.310.

⁵⁴⁸Cfr. GONZALEZ VAZQUEZ en ALONSO UREBA/ MARTINEZ-SIMANCAS Y SANCHEZ (dirs.): Derecho del Mercado Financiero. I. 1. cit. pág.69; QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. págs.311 y siguiente.

expediente administrativo hasta que recaiga resolución judicial firme, a fin de respetar la apreciación de hecho que allí se establezca (artículo 2).

La determinación de las infracciones se realiza con base en una clasificación entre muy graves, graves y leves (artículo 3). Las sanciones están graduadas en forma paralela a las infracciones correspondientes, si bien la escala, que en el caso de las entidades abarca los tres grados tradicionales mencionados, en el supuesto de los cargos de administración o dirección no prevé sanción personal acumulada para las infracciones leves.

Así, por lo que aquí interesa, constituye infracción muy grave la negativa o resistencia a la actividad inspectora, graves incumplimientos en materia contable, infracción de la obligación de veracidad informativa en general, fraude de ley que dé como resultado la comisión de una infracción grave, y la infracción de la disciplina de las participaciones significativas⁵⁴⁹.

Por su parte, son infracciones graves la realización de actos prohibidos por normas con rango de Ley o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, cuando es ocasional o aislado, o en general cuando no constituye infracción muy grave (artículo 5 d) de la Ley 26/ 1988). A continuación se considera también infracción grave el

⁵⁴⁹Otras infracciones muy graves son la realización de determinados actos sin la autorización preceptiva o sin observar las condiciones básicas exigidas para los mismos, insuficiencia de recursos propios mínimos exigidos para obtener la autorización, por un período de seis meses, insuficiencia del coeficiente de recursos propios durante el mismo plazo, ejercicio habitual de actividades ajenas a su objeto social, o, finalmente, la reiteración de infracciones graves en un período de cinco años. Añade la ley que se considera infracción muy grave la realización de actos prohibidos por normas con rango de Ley o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, de manera habitual (artículo 4 de la Ley 26/ 1988).

mismo supuesto de hecho cuando se trate de normas reglamentarias añadiendo la nota de la habitualidad (artículo 5 f) de la misma Ley). También es grave la infracción leve en caso de reincidencia y el fraude de ley que no sea infracción muy grave.

Por último, toda infracción de la disciplina del mercado de crédito, que no sea muy grave o grave, es infracción leve (artículo 6).

Las sanciones imponibles a las entidades para las infracciones muy graves son alternativamente multas de hasta el 1% de sus recursos propios o revocación de la autorización, que se convierte en prohibición de inicio de nuevas operaciones si se trata de sucursal de crédito autorizada en otro Estado de la UE (artículo 9). Para las infracciones graves se establecen tres posibilidades: amonestación pública; depósitos compensatorios no remunerados hasta el triplo de los déficits de cobertura del coeficiente de caja o de las inversiones obligatorias por un plazo máximo igual al de éstos; multa de hasta 2,5 millones o de hasta el 0,5% de sus recursos propios (artículo 10). Por último, las infracciones leves se castigan con amonestación privada o multa de hasta un millón de pesetas.

Los artículos 12 y 13 se ocupan de las sanciones que se deben imponer a quienes ocupan los cargos de administración o dirección de la entidad de crédito en caso de infracciones muy graves o graves respectivamente. En el primer caso, se podrá imponer multa de hasta 10 millones, suspensión del ejercicio del cargo hasta 3 años o separación del mismo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección de esa misma entidad (hasta cinco años) o en cualquier otra entidad de crédito (hasta diez años). Esta última sanción es compatible con la multa pecuniaria. Para las infracciones graves las sanciones pueden ser amonestación pública, amonestación privada, multa de hasta cinco millones de pesetas o suspensión temporal en el cargo hasta un año,

3.

pudiendo simultanearse las dos últimas. La responsabilidad administrativa de las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa o siendo españolas controles una entidad de crédito dentro del ámbito de la UE, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en dichas entidades responsables, se sanciona, además de con la sanción que corresponda a la infracción cometida, con la multa e inhabilitación de los artículos 12 y 13 de la Ley 26/ 1988.

Debe reconocerse que la suma de estas sanciones produce una impresión de enorme fuerza disuasoria⁵⁵⁰.

La Ley 26/ 1988, como ya se indicó en su momento, ha operado también modificaciones en otras normas. Así, el artículo 41 traslada íntegramente el régimen sancionador a las Sociedades de Garantía Recíproca y de Reafianzamiento, mientras que la Disposición Adicional Primera reconstruye casi íntegramente el mismo régimen sancionador para el sector del seguro, con el fin de hacerlo coincidir con el establecido para las entidades de crédito. Con respecto a la LMV (artículos 95 a 107), también aquí se ha procedido con criterios de asimilación a la Ley 26/ 1988, manifestados en remisiones expresas, si bien la mayor especialidad de este sector motiva diferencias más sustanciales que las señaladas en el caso del seguro⁵⁵¹. De forma similar a como hace la Ley 26/ 1988, la LMV también extiende el modelo a algún sector cercano: así, la Disposición Adicional Sexta modifica diversos preceptos de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, de 26 de diciembre

⁵⁵⁰Cfr. SILVA SANCHEZ, J. M.: El Derecho Penal bancario en España. "AP" 1994-2, marginal 915.

⁵⁵¹Tales diferencias resaltan en las listas de infracciones (artículos 99, 100 y 101), por razones obvias, así como en el ámbito de las sanciones (artículos 102, 103 y 104), pero la homogeneidad vuelve a aparecer cuando se trata de regular las sanciones que cabe imponer a quienes ejercen cargos de administración o dirección. Cfr. QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. pág.320.

de 1984, entre ellos algunos relativos al régimen sancionador previsto en ésta, con cita expresa de los artículos correspondiente de la Ley de Disciplina.

4. 4. 4. Conclusiones acerca de la responsabilidad administrativa sectorial y del régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades.

Podemos concluir, tras este breve análisis, que el tratamiento de la responsabilidad mercantil de los administradores se reconduce al régimen común de la responsabilidad civil por daño patrimonial⁵⁵², en el cual serán los Tribunales quienes podrán moderar, según los casos, la responsabilidad procedente de negligencia (artículo 1103 C.c.) o de la comisión de un acto ilícito. La reparación de los daños causados es el objetivo que persigue la declaración de una responsabilidad civil frente al causante del menoscabo patrimonial o extrapatrimonial. Sin un daño resarcible no es posible concebir la culpa civil. Se observa, pues, una laguna en la regulación mercantil con respecto a la protección que dispensa el Derecho penal, ya que las conductas de los administradores que se limitan a poner en peligro el patrimonio de la sociedad, de los accionistas o de terceros, al no producir un daño efectivo, no dan lugar a la apreciación de la

⁵⁵²Vid. en este sentido ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.682; GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. págs.160 y siguientes; QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. págs.322 y siguiente; SUAREZ-LLANOS GOMEZ: Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima. cit. pág.922.

responsabilidad civil de los administradores⁵⁵³.

En el caso de la responsabilidad administrativa prevista, como hemos tenido ocasión de ver, para determinados sectores de la actividad económica, se trata de "reprimir" conductas tipificadas legalmente como infracciones administrativas, a las que se impone la sanción establecida. No es una responsabilidad por daño, sino por infracción, incluso si la conducta ilícita ha generado un beneficio patrimonial para la sociedad⁵⁵⁴.

Desde este punto de vista, atendiendo a la naturaleza y funciones de ambos tipos de responsabilidad, civil y administrativa, sólo cabe concluir que no se produce colisión alguna entre ellos porque actúan en distintos planos⁵⁵⁵. Ello no obsta a afirmar que el régimen de responsabilidad civil debe cumplir una función integradora, puesto que el sustrato básico sobre obligaciones, diligencia y fidelidad de los administradores en el desempeño de su cargo se ha desarrollado muy en contacto con el problema de la responsabilidad en el marco de las SA. De la referencia a la "diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal", prevista en el artículo 79 LSA, se ha de extraer la pauta de comportamiento del administrador de una SA, y eso debe valer también para las SA especiales por razón de la actividad, con el fin de obtener conclusiones en los distintos planos en los que se valora

⁵⁵³Como indican GARRIGUES/ URIA: **Comentario a la LSA. II.** 1976, cit. pág.162, para apreciar la responsabilidad civil de los administradores "es necesario demostrar: 1º Que ese incumplimiento ha producido un daño al patrimonio social...; y 2º, el nexo causal entre la conducta del administrador y el daño".

⁵⁵⁴Cfr. QUIJANO GONZALEZ: **Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores.** cit. pág.323. Vid. también ALONSO UREBA: **Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima.** cit. pág.660.

⁵⁵⁵Cfr. ALONSO UREBA: **Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima.** cit. pág.662.

jurídicamente la conducta del administrador, incluido el de la responsabilidad administrativa⁵⁵⁶.

Por lo demás, la regulación penal de los delitos societarios permitiría sancionar las conductas ilícitas de terceros que no tienen la consideración de administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil. Como hemos visto, el Derecho mercantil, como derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios en el mercado⁵⁵⁷, se limita a reglamentar la responsabilidad de los administradores, pero no la de terceros, que se remite a la regulación genérica de la responsabilidad civil. Esta laguna podría ser cubierta por el Derecho penal.

A ello cabe añadir que el límite que representa la exigencia de un cinco por ciento del capital social para que los accionistas puedan interponer la acción social de responsabilidad, plenamente justificado en el ámbito mercantil, debe desaparecer cuando se trate de hechos con entidad lesiva suficiente como para ser considerados delictivos.

Y ya por último, debemos tener en cuenta que entre los delitos societarios se regula una serie de conductas de entidad lesiva semejante a la apropiación indebida o a las falsedades, frente a las cuales la sanción civil consistente, como hemos visto, en el resarcimiento de daños, no es ni mucho menos suficiente.

⁵⁵⁶Cfr. QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores. cit. pág.325.

⁵⁵⁷URIA: Derecho Mercantil. 1993, cit. pág.6.

4. 5. NECESIDAD POLITICO-CRIMINAL DE CREACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS: CONCLUSIONES PROVISIONALES.

Es evidente la necesidad político-criminal de crear un delito societario de administración fraudulenta en nuestro país, sentida de forma unánime por la doctrina penal⁵⁵⁸. Actualmente⁵⁵⁹, al amparo de la estructura orgánica de las sociedades mercantiles proliferan comportamientos irregulares con tal extensión y magnitud que trascienden el aspecto puramente patrimonial individual para incidir en el orden económico en su conjunto.

Esta situación es especialmente grave en el ámbito bancario, en el cual han gozado y gozan de casi total impunidad las graves y reiteradas conductas de desaprensivos administradores de entidades de crédito que han conculcado, en beneficio propio o de sus copartícipes, las más elementales

⁵⁵⁸Vid. entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Los delitos económicos en el proyecto de Código penal. "ADPCP" 1981, pág.713; del mismo autor: Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. cit. pág.682; RUIZ VADILLO: Algunso aspectos de la actividad económica como objeto del Derecho penal. cit. pág.244; del mismo autor: Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional. "RGLJ" núm.3, 1979, pág.233; TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.139; VILADAS JENÉ, C.: Notas sobre la delincuencia económica en España. "ADPCP" 1978, págs.639 y siguiente.

⁵⁵⁹Ya en 1931, JIMENEZ ASUA, en su prólogo a la obra de RODRIGUEZ SASTRE, A.: El delito financiero. Su repercusión en el crédito y en la economía. Madrid, 1934, reclamaba para los Tribunales el poder de la interpretación extensiva en esta materia, de forma que las conductas de que se trata pudieran incardinarse en los tipos penales ya existentes en el Código penal. Posteriormente, en 1973, fue OLIVA GARCIA: Sobre el llamado delito financiero. cit. pág.8, quien denunció el carácter de provisionalidad, de remiendo, que tiene el esfuerzo jurisprudencial de adaptar determinadas figuras delictivas vigentes a estas nuevas situaciones, a estas "conductas, de claro matiz defraudatorio, desplegadas al amparo, o por cuenta de centros de poder económico, que, sin otro objetivo que un desmedido afán de lucro, vulneran, o ponen en peligro, intereses dignos de tutela jurídica".

normas de gestión⁵⁶⁰.

Es cierto que, como han postulado algunos autores⁵⁶¹, un gran número de las hipótesis que se recogen bajo la rúbrica "delitos societarios", podrían subsumirse en los tipos penales tradicionales sin necesidad de hacer otra cosa que proceder a perfeccionar la técnica legislativa de la estafa y la defraudación. Gran parte de esos hechos son, como veremos, actos preparatorios o tentativas de estafa que han llamado la atención del pre-legislador en razón de las dificultades probatorias que plantearían en la práctica.

Sobre todo se pretende que el campo de las sociedades mercantiles no resulte inmune a la intervención penal, como viene sucediendo hasta ahora⁵⁶². Y es que todavía hoy cabe argumentar, de modo coincidente con la Exposición de Motivos del PCP de 1992, que "la existencia de un sector del sistema jurídico privado dedicado a los incidentes que puedan plantearse en la vida o actividad de las sociedades, ha dado lugar a una inaceptable práctica, según la cual los problemas de esa clase no tienen que ser tratados penalmente, porque ya tienen su específico régimen de solución jurídica. Naturalmente, la consecuencia que "a contrario sensu" se extrae es inadmisibile: los delitos de estafa, apropiación indebida, etc., son comisibles en el común de las relaciones entre ciudadanos, mas no cuando en la actividad aparece como cobertura una sociedad anónima".

⁵⁶⁰Las denuncias son constantes en la doctrina penal y mercantil. Vid. por todos, GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*. "ADPCP" 1980, pág.477; STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.153.

⁵⁶¹Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. págs.14 y siguientes.

⁵⁶²GONZALEZ RUS: *Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992*. cit. pág.182.

Como señalaba la Exposición de Motivos del PCP de 1992, se trata también de colmar la necesidad de combatir ciertas prácticas de resolución de conflictos que se dan al margen del Derecho penal.

Hay que convenir, desde luego, en que los intereses que se pretenden tutelar con los delitos societarios son especialmente merecedores de protección y que, en esta tarea de salvaguarda, la creación de delitos societarios supone una contribución muy importante, dadas las limitaciones inherentes a las figuras delictivas tradicionales hoy contenidas en el Código penal vigente. Sin embargo no se puede desconocer, por otra parte, que en la labor de introducción de nuevas figuras delictivas en el texto punitivo resulta indispensable el conocimiento y el convencimiento de que existen unas exigencias previas del Estado Social y Democrático de Derecho, que se acrecientan en el caso de que se opte por tipificar conductas que suponen el adelantamiento de las barreras de protección penal.

Desde esta perspectiva, el legislador debe sopesar cuidadosamente hasta qué punto resulta aconsejable político-criminalmente el recurso a tipos de peligro.

Por otro lado, la doctrina alega a favor de la creación de un específico delito societario de administración fraudulenta, "la innegable ventaja de poder propiciar una interpretación más progresiva en este terreno y más adaptada al complejo *modus operandi* propio de la delincuencia societaria"⁵⁶³. Se trata de delinear nuevas incriminaciones que reproduzcan en su estructura las peculiaridades de los

⁵⁶³MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.316 y siguiente, recogiendo en este punto una opinión formulada por MUÑOZ CONDE, F.: La reforma de los delitos contra el patrimonio. "DJ" núms.37/40, I, 1983, págs.685 y siguiente, con respecto a diversos delitos societarios contenidos en la PANCP.

intereses específicos que se mueven en torno a las sociedades mercantiles⁵⁶⁴, cuya cobertura y evaluación apenas resulta abordable, según advierte TIEDEMANN⁵⁶⁵, a través de los clásicos delitos patrimoniales.

Con respecto a las falsedades, la evolución que experimenta el concepto de documento obliga a un replanteamiento de la concepción de la acción falsaria, en la que han de tener cabida toda la gama de formas susceptibles de alteración de un documento que ofrece el estado actual de la técnica⁵⁶⁶.

El interés digno de protección en este ámbito de la delincuencia societaria es, sin duda, la exposición fiel de la situación jurídica y económica de la sociedad mercantil⁵⁶⁷. Su importancia es, de hecho, grande, como se comprueba a través de la determinación de los sujetos interesados en ella⁵⁶⁸. La incorporación del Derecho comunitario a nuestro Derecho interno ha venido a reforzar esta tesis, al introducir en el Ordenamiento español el principio de imagen fiel del patrimonio, plasmado en el artículo 34 del C.co.⁵⁶⁹, y la

⁵⁶⁴Cfr. MARINUCCI/ ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. pág.113. Vid. también TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.850.

⁵⁶⁵Cfr. TIEDEMANN, K.: *Delitos contra el orden socio-económico*. en AA.VV.: *La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales*. cit. pág.168.

⁵⁶⁶Cfr. GARCIA CANTIZANO, M. C.: *Falsedades documentales*. Valencia, 1994, pág.225.

⁵⁶⁷Cfr. KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.207.

⁵⁶⁸Vid. *supra*. Son interesados no sólo los socios o accionistas y quienes hacen negocios con la sociedad, sino también los trabajadores, los inversores potenciales, los acreedores y las autoridades fiscales.

⁵⁶⁹Redacción dada por la Ley 19/ 1988, que incorpora el artículo 2 de la Cuarta Directiva.

obligación impuesta a los particulares, procedente de la jerarquización de las reglas o normas puramente profesionales del Derecho anglosajón⁵⁷⁰, de "derogar" las normas legales en el supuesto del artículo 34. 4 C.co.: "en casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable".

Dentro de los documentos destinados a mostrar la imagen fiel de la situación jurídica y económica de la sociedad mercantil, se atribuye a las cuentas anuales un alto valor informativo y gran importancia en cuanto a su fiabilidad⁵⁷¹, lo cual ha de tener su reflejo en el plano penal.

Con la salvedad de las sociedades sometidas a legislación de intervención por razón de su objeto y las que cotizan en bolsa, la LSA deja en muy amplia libertad a los administradores para que publiquen o no las cuentas anuales de las sociedades que gestionan con fines publicitarios. Consecuentemente, los administradores podrán publicar todas sus cuentas e informes, no publicar nada, publicarlas íntegramente, no publicarlas íntegramente, publicarlas sin mayor acompañamiento o con información más amplia, regularmente todos los ejercicios o sólo alguno de ellos. Ahora bien, la LSA se preocupa de evitar que la publicidad de parte interesada, esto es, de la propia sociedad, induzca a confusión a terceros acerca de su situación patrimonial y financiera, imponiendo que en el supuesto de que la sociedad publique los documentos contables, se indique si

⁵⁷⁰Cfr. NARVAEZ BERMEJO, M. A./ IRANZO SIMO, M. D.: El derecho de información del socio frente al secreto de contabilidad del comerciante: aspectos procesales y sustantivos. "Derecho de los Negocios" núm.40, 1994, pág.5.

⁵⁷¹Cfr. KAISER: La lucha contra la criminalidad económica. cit. pág.207.

la misma es íntegra⁵⁷² o abreviada⁵⁷³.

Por otra parte, se trata de establecer algunos criterios mínimos relativos a la difusión que la propia sociedad otorgue a las cuentas que reflejan sus resultados del año. Se trata ésta de una práctica muy difundida en la vida de las sociedades anónimas⁵⁷⁴: una vez satisfechas todas las exigencias legales en relación con las cuentas anuales, se ocupan de difundir tales cuentas entre la comunidad financiera nacional o internacional, según la dimensión del mercado de la propia sociedad. Así, es corriente la impresión y el envío del correspondiente folleto o publicación a los accionistas, obligacionistas, clientes, proveedores, operadores habituales en el mercado de la sociedad y en el mercado de capitales, así como a potenciales clientes, proveedores o financiadores. También es frecuente el ofrecimiento de la publicación que recoge dichos documentos, e incluso datos añadidos a los legalmente sometidos a depósito en el RM, al público en general mediante la inserción del correspondiente anuncio en la prensa más o menos especializada. El hecho de que las sociedades, a la hora de efectuar este tipo de publicaciones, no siempre actúen con la necesaria probidad que requiere la difusión general y voluntaria de datos fundamentales y básicos referentes a sus actividades, sino que se observe la

⁵⁷²En tal caso, han de reproducirse íntegra y fielmente todos y cada uno de los documentos depositados en el registro, incluido el informe de los auditores, si se hubiere evacuado por estar sujeta la sociedad a tal revisión o por haberla solicitado la minoría a que se refiere el artículo 205. 2 LSA (artículo 218 LSA).

⁵⁷³Si la publicación es abreviada, lo cual puede darse aunque la sociedad esté obligada a auditarse, debe hacerse referencia al RM en el que hubieren sido depositados los documentos. En este supuesto puede omitirse el informe de auditoría, pero ha de indicarse en todo caso si ha sido emitido con reservas o no.

⁵⁷⁴Cfr. ILLESCAS ORTIZ, R.: Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales (Artículos 203 a 222 de la LSA). en URÍA/ MENENDEZ/ OLIVENCIA: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Tomo VIII. Vol. 2º. cit. pág.334.

realización de maniobras potencialmente engañosas y en todo caso fraudulentas, obliga a la intervención del Derecho penal. A la capacidad engañosa de esta publicación no registral se debe añadir, por otra parte, que la difusión, en razón de su propia naturaleza, tiene un alcance material mucho más amplio que el que otorga el depósito de los mismos datos en el Registro Mercantil que corresponda⁵⁷⁵.

Otra razón de ser de la represión penal radica en la necesidad de evitar, precisamente, que una costumbre mercantil indiscriminada pueda consolidarse en la materia: el legislador no es contrario, en efecto, a que ciertos usos se creen respecto de la difusión publicitaria de los datos contables societarios. Ahora bien, el uso de la publicación contable, de llegar a establecerse, debe serlo sobre la base de un tratamiento leal y homogéneo del mensaje publicitario y de su contenido. Con este objetivo puede concebirse la intervención penal que los delitos societarios suponen en un campo en el que hasta el presente no existían reglas de carácter general.

⁵⁷⁵Cfr. ILLESCAS ORTIZ: Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales. cit. pág.334.

CAPITULO QUINTO

5. NECESIDAD DOGMATICA DE CREACION DE LOS DELITOS SOCIETARIOS.
INDICACIONES DE POLITICA LEGISLATIVA.

5. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

El Código penal vigente ofrece, sin duda, grandes lagunas de punibilidad en muchos sectores de la criminalidad económica y, en particular, de la criminalidad societaria. Ahora bien, un destacado sector doctrinal ha sostenido que tipos tradicionales de delitos, como las estafas, la apropiación indebida o las falsedades documentales, son perfectamente aplicables a los supuestos de hecho que integran los delitos societarios⁵⁷⁶. La primera cuestión que se plantea es, pues, la comprobación de la efectiva necesidad de nuevas figuras delictivas en este ámbito, puesto que, si bien es cierto que las conductas delictivas realizadas en el marco de las

⁵⁷⁶Vid. MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.116; TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.850.

sociedades mercantiles no deben sustraerse al Derecho penal, no lo es menos que sería perturbadora la creación de nuevos tipos cuando las conductas que se desean evitar son punibles a tenor de otros preceptos ya clásicos del Código penal⁵⁷⁷.

Cuando no existe una verdadera necesidad dogmática, "la huida al Derecho penal" sirve sólo como pretexto para aplacar "malas conciencias" o para que la sociedad se evada de sus tareas de configuración político-social⁵⁷⁸.

Las falsedades constituyen, sin duda, una de las cuestiones más polémicas y arduas de la Parte especial. Todo es discutido sobre ellas, desde su propia esencia hasta la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar⁵⁷⁹.

Aunque la estafa es uno de los delitos patrimoniales más tradicionales y genuinos, su versatilidad para convertirse en el delito de referencia de nuevas formas de delincuencia en el ámbito económico en general⁵⁸⁰, y societario en particular,

⁵⁷⁷Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.849.

⁵⁷⁸MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el PLOCP. cit. pág. nota núm.50.

⁵⁷⁹Cfr. GARCIA CANTIZANO: Falsedades documentales. cit. págs.45 y siguientes. Vid. también ANTOLISEI, F.: Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica. en Studi in memoria di Arturo Rocco. Vol. I. Milano, 1952, pág.97; GONÇALVES MONIZ, H. I.: O crime de falsificação de documentos. Da falsificação intelectual e da falsidade em documento. Coimbra, 1993, págs.19 y siguientes.

⁵⁸⁰Como señala TIEDEMANN, K.: Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa). Barcelona, 1985, pág.17, "existen situaciones que demuestran que tales delitos contra el patrimonio, clásicos en el Código penal, son también o pueden convertirse en un delito económico en sentido estricto". Vid. por todos ASUA BATARRITA: El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. cit. pág.89; MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.117; TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.849. Vid. sin embargo, SILVA SANCHEZ: El Derecho Penal bancario en España. cit. marginales 905

así como los problemas concursales que aparecen siempre con la creación de nuevas figuras delictivas, la convierten en un punto de referencia obligado en el estudio de los delitos societarios.

La apropiación indebida tiene un extenso ámbito de aplicación en el Derecho penal español al ser, junto con la estafa, el tipo en el que doctrina y jurisprudencia incluyen los supuestos de administración desleal del patrimonio ajeno que en Derecho alemán se castigarían a través de la *Untreue* y en el Derecho italiano a través de los *reati societari*⁵⁸¹.

Ahora bien, hemos de adelantar que el análisis de estos contados preceptos del Código penal permite concluir que, hoy por hoy, se carece en España de un Derecho penal societario⁵⁸². Ante esta constatación no cabe sino señalar que "es exigencia del principio de legalidad la creación de delitos específicos cuando se trata de responder a nuevas situaciones, en lugar de estirar los ya existentes"⁵⁸³.

Para establecer en concreto qué modelo de incriminación es el más apropiado en el ámbito de las sociedades mercantiles es conveniente recurrir al consenso que nos ofrece la legislación comparada respecto a la criminalización de la delincuencia societaria. Este método no supone la simple

y siguientes, quien pone de manifiesto las limitaciones que presenta la aplicación del delito de estafa a nuevas formas de criminalidad económica, como la estafa de crédito.

⁵⁸¹Vid. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.54.

⁵⁸²Vid. SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginal 902; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.17 y siguientes.

⁵⁸³TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.849, citando a TOUFFAIT, A. y otros: *Délits et sanctions dans les sociétés*. París, 1973, pág.XXVII.

elección de un sistema determinado entre las diversas tendencias que se perciben en aquélla, sino una selección crítica de otras experiencias ya aplicadas, lo cual permitirá evitar caer en errores señalados ya en otros Ordenamientos por la doctrina especializada.

5. 2. DELITOS DE FALSAS INFORMACIONES SOCIALES.

La tutela de la veracidad de las informaciones sociales constituye, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, uno de los núcleos capitales del Derecho penal societario⁵⁸⁴. Para justificar esta tutela se ha de tener en cuenta no sólo el crucial papel desempeñado por las sociedades mercantiles en el actual sistema económico, sino también que otros delitos societarios, como la administración social fraudulenta, y no pocos delitos económicos no societarios⁵⁸⁵ requieren la manipulación de la contabilidad social⁵⁸⁶. La falsedad documental aparece en estos casos como mecanismo de ejecución o instrumento de encubrimiento de otros delitos⁵⁸⁷. De esta

⁵⁸⁴Cfr. MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.14; MAZZACUVA en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. 1992, cit. pág.36, quien puntualiza que en la praxis jurisprudencial la tutela penal de las informaciones sociales adquiere un relieve aún mayor, constituyendo actualmente en Italia el núcleo fundamental del Derecho penal societario concreta y efectivamente aplicado; PEDRAZZI: *Profili penali dell'informazione societaria*. cit. pág.1129; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.70 y siguientes.

⁵⁸⁵Pensemos en los delitos contra la Hacienda Pública cometidos en el marco de las sociedades mercantiles (fraude fiscal, fraude de subvenciones, falsa contabilidad con el fin de defraudar a Hacienda), la quiebra o el blanqueo de dinero, entre otros.

⁵⁸⁶Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.76 y siguiente.

⁵⁸⁷Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.33.

constatación algún autor ha derivado la consecuencia de que "no se puede pretender llevar a buen término la lucha contra la criminalidad económica si no se comienza por golpear con decisión sobre el mecanismo de que se sirven los delincuentes económicos para el despliegue de su actividad delictiva, **sobre la falsificación de balances**"⁵⁸⁸.

En un plano estrictamente **dogmático**, no cabe duda de la posibilidad de aplicar los delitos comunes de falsedades documentales a las mismas conductas cometidas en el ámbito de las sociedades mercantiles⁵⁸⁹.

Así, no lo impide el concepto de documento mercantil⁵⁹⁰. La doctrina ha puesto de manifiesto la dificultad de dar un concepto de documento de comercio que el Ordenamiento jurídico no facilita, ya que ni el Código de comercio ni el Código penal, así como tampoco las restantes leyes mercantiles o penales se ocupan de su definición. No obstante, entiende que "desde el momento en que el Código penal distingue los *documentos de comercio* con una especial protección con respecto a los privados, que puede explicarse en función de su posible repercusión en un número mayor de personas, resulta imprescindible que la cualidad que lo justifica quede patente *por el contenido, de naturaleza mercantil, y por la forma,*

⁵⁸⁸DI NICOLA: *La falsificazione dei bilanci come strumento di criminalità economica*. cit. págs.120 y siguientes.

⁵⁸⁹Cfr. por todos MUÑOZ CONDE: *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*. cit. pág.274.

⁵⁹⁰Téngase en cuenta que el documento, como objeto material de los delitos de falsedades documentales, merece una atención mayor a la otorgada normalmente a este elemento típico en otros delitos, en tanto en cuanto deja de ser el simple objeto material sobre el que recae la acción típica para convertirse en el centro de atención del que depende directamente la estimación del injusto típico. Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.34.

adscrita a las prescripciones del Derecho mercantil"⁵⁹¹. La jurisprudencia, teniendo en cuenta que en el Código penal no se contiene una definición de documento mercantil ni, por tanto, una enumeración cerrada de las modalidades que puede adoptar, entiende por tal a efectos punitivos todo aquel "que se forme o cree con arreglo a las disposiciones del Código de comercio o de las leyes mercantiles, y que tenga validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter, o sirva para demostrarlas, por contener, representar o simbolizar un acto de comercio"⁵⁹². El Alto Tribunal ha llegado a prescindir de la primera nota, la regulación expresa como tal en el Código de comercio o en las leyes mercantiles, siempre que concurren las otras⁵⁹³. De esta forma, la jurisprudencia ha considerado documentos mercantiles a efectos del delito de falsedad documental los libros de contabilidad de los Bancos⁵⁹⁴, a los que se equiparan las Cajas de Ahorros

⁵⁹¹ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.234.

⁵⁹²STS 2 noviembre 1970 (Ar. 4384). Vid. también, entre otras, las SSTs 20 mayo 1982 (Ar. 2692), 8 marzo 1985 (Ar. 1602), 21 junio 1989 (Ar. 5194), 27 marzo (Ar. 2634) y 8 noviembre 1990 (Ar. 8857), 7 febrero 1991 (Ar. 899).

⁵⁹³Cfr. por todas las SSTs 22 febrero 1985 (Ar. 1524), 17 diciembre 1986 (Ar. 7939), 1 julio 1987 (Ar. 5140), 15 noviembre 1988 (Ar. 9166), 19 abril 1991 (Ar. 2813) y 10 octubre 1994 (Ar. 7888). Vid. una interpretación notablemente restrictiva del concepto de documento mercantil en RODRIGUEZ RAMOS, L.: **Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil**. "PJ" núm.11, 1988, págs.105 y siguientes.

⁵⁹⁴SSTs 22 junio 1945 (Ar. 806), 13 mayo 1950 (Ar. 827), 4 julio (Ar. 6470) y 5 octubre 1988 (Ar. 7669). En la STS 10 octubre 1988 (Ar. 7903) se especifica que la contabilidad bancaria, así como todos los escritos, notas o impresos, auxiliares o complementarios de la misma constituyen indiscutibles documentos mercantiles. Pero para apreciar el delito de falsedad es preciso que en dichos documentos se efectúe un mudamiento o alteración de la verdad sobre extremos trascendentes de los mismos, y no sobre puntos nimios, llevada a cabo con dolo falsario.

y otros establecimientos de crédito⁵⁹⁵, los balances y demás documentos de la contabilidad de las sociedades mercantiles⁵⁹⁶, las acciones y obligaciones emitidas por sociedades anónimas y las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada⁵⁹⁷, las fichas-registro de las cuentas corrientes de los clientes de las Cajas de ahorro⁵⁹⁸, etc. En fin, se consideran documentos mercantiles a efectos penales aquellos que acreditan, manifiestan y proyectan las operaciones o actividades que se producen en el círculo o ámbito propio de una sociedad mercantil, cualquiera que sea ésta, extensivo a las incidencias derivadas de tales actividades⁵⁹⁹. Ahora bien, en pronunciamientos recientes la jurisprudencia ha declarado que el artículo 303 del Código penal se refiere a documentos mercantiles merecedores de una especial protección porque su materialidad corporiza una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que constituye la *ratio legis* de la asimilación, de modo que "no es suficiente con que se trate de un documento utilizado en el tráfico mercantil, sino que se

⁵⁹⁵Vid. SSTS 17 marzo 1987 (Ar. 2181) y 10 julio 1992 (Ar. 6660).

⁵⁹⁶SSTS 9 mayo 1956 (Ar. 1634), 4 noviembre 1965 (Ar. 4974), 30 junio 1972 (Ar. 3463), 23 junio 1973 (Ar. 2896), 7 febrero 1991 (Ar. 899). Vid. GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*. cit. pág.479, quien, al hilo del comentario de los delitos societarios en el PCP de 1980, afirmaba correctamente que no cabía duda de que el falseamiento del balance podía reunir los requisitos para constituir delito de falsedad en documento mercantil.

⁵⁹⁷Vid. SSTS 25 mayo (Ar. 4492) y 8 noviembre 1990 (Ar. 8857).

⁵⁹⁸SSTS 11 abril 1985 (Ar. 2086), 4 julio 1988 (Ar. 6470), 13 marzo 1991 (Ar. 2130).

⁵⁹⁹Vid. SSTS 5 octubre 1988 (Ar. 7669), 27 marzo 1990 (Ar. 2634) y 13 marzo 1991 (Ar. 2130).

requiere una especial fuerza probatoria"⁶⁰⁰. Esta presunción de veracidad y autenticidad se vincula íntimamente con el deber profesional de veracidad que concierne a ciertas categorías de sujetos, como son los funcionarios públicos, pero también los administradores de sociedades, los auditores, los liquidadores, los fundadores y promotores, etc., todos ellos obligados por las normas que disciplinan sus funciones a documentar verazmente.

Si al documento falsificado le falta alguna de las condiciones externas de los actos o contratos mercantiles, la falsedad será en documento privado, noción que se define precisamente por poseer los requisitos propios de todo documento y no ser ni público, ni oficial ni de comercio⁶⁰¹. "En general, puede decirse que la jurisprudencia considera documentos privados a aquellos escritos que, siendo destinados a entrar en el tráfico jurídico, afecten a los intereses jurídicos de un tercero"⁶⁰². Entre los documentos privados y los documentos mercantiles existe, pues, una relación de especialidad, constituyendo el primero el género y el segundo la especie, aunque el Código penal, dada la trascendencia de los documentos mercantiles para el tráfico jurídico, los

⁶⁰⁰STS 31 mayo 1991 (Ar. 4022). Vid. también las SSTs 3 febrero 1989 (Ar. 1422), 17 abril 1989 (Ar. 3362) y 1 abril 1991 (Ar. 2543).

⁶⁰¹Es doctrina mayoritaria. Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F.: **Derecho Penal. Parte Especial**. Valencia, 1991, pág.554; ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.228; RODRIGUEZ DEvesa, J. M./ SERRANO GOMEZ, A.: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. Madrid, 1994, pág.987.

⁶⁰²CASAS BARQUERO, E.: **El delito de falsedad en documento privado**. Barcelona, 1984, pág.233. En el mismo sentido, con indicación de la jurisprudencia más representativa, vid. ampliamente, entre otros, SOTO NIETO en BENEYTEZ MERINO y otros: **Las falsedades documentales**. Granada, 1994, págs.163 y siguientes; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. págs.554 y siguiente.

asimila en su tratamiento penal a los públicos⁶⁰³.

En esta definición de documento mercantil se incluyen sin dificultad todos los documentos relacionados con la contabilidad de la sociedad mercantil⁶⁰⁴, así como aquellos otros, de naturaleza interna o destinados a su publicidad, que deben elaborar los fundadores, promotores, administradores, auditores de cuentas y liquidadores con ocasión de las diversas fases de la vida social⁶⁰⁵. Como vemos, no es una característica esencial de la noción penal de documento

⁶⁰³Cfr. MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. pág.545. Vid. también CASAS BARQUERO: **El delito de falsedad en documento privado**. cit. pág.241.

⁶⁰⁴Los más importantes documentos contables son las cuentas anuales, que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria (artículos 171 y siguientes LSA), así como el informe de gestión (artículo 202 LSA). En situaciones extraordinarias se exige la redacción de balances distintos de los anuales, como el balance de fusión (artículo 239 LSA) o el balance final con ocasión de la disolución de la sociedad (artículo 274 LSA), que también forman parte de la contabilidad social.

⁶⁰⁵Sólo en la LSA se mencionan, entre otros, la escritura de constitución (cuyo contenido está regulado en el artículo 8), los Estatutos sociales (artículo 9), el programa de fundación en caso de fundación sucesiva por suscripción pública (artículo 20), el boletín de suscripción (artículo 24), las actas de las juntas constituyentes (artículo 28) y ordinarias (artículo 113), los documentos que den publicidad a determinadas modificaciones (como el cambio de domicilio o cualquier modificación del objeto social: artículo 150), la escritura de transformación (artículo 227), el proyecto de fusión (artículos 234 y 235), así como el informe de expertos independientes y de los administradores sobre dicho proyecto (artículos 236 y 237), los diversos documentos que se han de poner a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, con ocasión de la fusión (artículo 238), el proyecto de escisión (artículo 255), el informe de expertos independientes y de los administradores sobre dicho proyecto (artículos 256 y 257), la información sobre la liquidación (artículo 273), que incluye la redacción de un estado de cuentas que permita apreciar con exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación (artículo 273. 2), el anuncio de la emisión de obligaciones (artículo 286), el informe sobre la emisión de obligaciones convertibles en acciones (artículo 292. 2), etc.

mercantil la autoría por parte de un comerciante. De hecho, la doctrina ha criticado la limitación en los diferentes textos pre-legislativos españoles de la categoría de sujetos activos de los delitos societarios de falsedades en la contabilidad social a los administradores y directores, entendiendo que la responsabilidad debería alcanzar a todas "las personas que en el ejercicio de representación de la sociedad o como comerciantes individuales realicen la actividad típica"⁶⁰⁶. En esta dirección se ha decantado la legislación comparada⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.67. Por su parte MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: *Los delitos societarios en el PLOCP*. cit. pág.184, considera que la autoría debería alcanzar a cualquier representante de hecho o de derecho del ente social, pero no al comerciante individual.

⁶⁰⁷En el Derecho comparado, efectivamente, el ámbito de sujetos activos de los delitos societarios de falsas informaciones sociales y falsedad en la contabilidad es más amplio que en España. Vid. por ejemplo, el artículo 2621 del C.c. italiano, que menciona a los promotores, socios fundadores, administradores, directores generales, síndicos y liquidadores, a los cuales añade el artículo 2623 C.c. los administradores judiciales y comisarios gubernativos. En Alemania, dentro de la legislación penal, el parágrafo 264 a del StGB se configura como delito común sin exigir ninguna cualidad especial en el autor. En la legislación mercantil el parágrafo 331 del C.Co. (HGB) sanciona a los miembros del órgano de representación o del Consejo de vigilancia de una sociedad anónima (núms.1 a 3), y a los miembros del órgano de representación y socios representantes de su empresa filial (núm.4 del parágrafo 331). Por su parte, el parágrafo 82 de la LSRL (GmbHG) prevé como sujetos activos al socio (núms.1 y 2 del primer párrafo), al dueño del negocio (núms.1, 3 y 4 del primer párrafo, y 1 y 2 del segundo párrafo), al liquidador (núm.4 del primer párrafo y 2 del segundo párrafo) y al miembro del Consejo de Vigilancia "u órgano similar" (núm.2 del segundo párrafo). Finalmente, el Proyecto Alternativo alemán recoge un tipo de falsas informaciones sociales que se configura como un delito común (parágrafo 188) y dos como delitos especiales: el parágrafo 197 sanciona a quien en su carácter de órgano representativo de una persona jurídica o como miembro de tal órgano, miembro del consejo de vigilancia de una persona jurídica, director de un consorcio o miembro de la dirección del mismo, socio gerente de una sociedad mercantil personalista, liquidador de una persona jurídica o de una sociedad personalista, o como comerciante individual, comete el delito de exposición incorrecta en balances e informaciones comerciales; a su vez, el parágrafo 198 sanciona la comisión del delito de informes incorrectos en comunicaciones comerciales internas por parte de miembros del consejo de administración o del consejo de

Ahora bien, sí es necesario tener en cuenta que el objeto material del delito de falsas informaciones sociales no se reduce únicamente al documento escrito, por mucha amplitud que se quiera dar a este concepto. Una clásica discusión doctrinal se ha nwcentrado en torno al grado de exigencia con el que es posible reclamar la inclusión de la escritura en la definición de documento. Desde una concepción amplia se da primacía a la idea del documento como manifestación duradera de una declaración humana, de tal forma que la manera concreta en la que se lleve a cabo su exteriorización adquiere una importancia secundaria⁶⁰⁸; la manifestación por escrito constituirá el documento más característico pero no agotará otros modos también documentales de expresión⁶⁰⁹. Los partidarios de una

vigilancia de una sociedad por acciones, de una sociedad en comandita por acciones, de una cooperativa o de una asociación de aseguradores recíprocos, o de los directivos de un consorcio, miembros de la dirección del mismo, gerentes o miembros del consejo de vigilancia o de un órgano similar de una SRL, a la que pertenecen más de quince socios, del socio gerente de una sociedad mercantil personalista de más de quince socios, o del liquidador de una de las empresas mencionadas.

⁶⁰⁸Cfr. GARCIA CANTIZANO: Falsedades documentales. cit. pág.179. Vid. por todos, CRAMER en SCHÖNKE, A./ SCHRÖDER, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar*. 24. Aufl. München, 1991, § 267, Rn.7 (pág.2012); SAMSON en RUDOLPHI, H.-J./ HORN, E./ SAMSON, E.: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 5. Aufl. Berlin, 1993, § 267, Rn.22; ARZT, G./ WEBER, U.: *Strafrecht. BT. LH4, Wirtschaftsstraftaten, Vermögensdelikte (Randbereich), Fälschungsdelikte*. 2. Aufl. Bielefeld, 1989, § 476 (pág.180); CARNELUTTI, F.: *Teoria del falso*. Padova, 1935, págs.138 y siguiente. Nuestra jurisprudencia mantiene un concepto amplio de documento en el proceso penal, identificándolo con cualesquiera "cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado... Las innovaciones tecnológicas - el cine, el vídeo, las cintas magnetofónicas, los ordenadores electrónicos, etc.- pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer..." (STS 5 febrero 1988 (Ar. 857); en el mismo sentido la STS 19 abril 1991 (Ar. 2813)). Sobre el valor probatorio de dichas innovaciones, vid. la STS 17 abril 1989 (Ar. 3362).

⁶⁰⁹Vid. en este sentido la STS 8 noviembre 1990 (Ar. 8857), que define como documentos mercantiles, entre otros, "todas las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, que con fines de preconstitución probatoria,

concepción estricta del documento, mayoritarios hoy en día en la doctrina española⁶¹⁰, únicamente admiten la cualidad documental de las declaraciones realizadas por escrito. La insuficiencia de este concepto estricto de documento para abarcar otros instrumentos no escritos, en los que la comprensión de la declaración que contienen se obtiene mediante la interpretación de signos o señales gráficos o sonoros⁶¹¹, ha provocado la aparición de otra corriente doctrinal que, en un intento de adecuar la evolución del Derecho penal a los avances sociales en medios de comunicación, relativiza la importancia de la escritura, caracterizando el documento como todo objeto que materializa un sentido y con el que se dé fe o pruebe algo con trascendencia jurídica, sin ser necesario que contenga una o más declaraciones de voluntad, ni que aparezca firmado ni que sea generador de derechos u obligaciones, por

plasmen o acrediten la celebración de contratos, o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial...".

⁶¹⁰Vid. BENEYTEZ MERINO en BENEYTEZ MERINO y otros: *Las falsedades documentales*. cit. págs.49 y siguiente; BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Barcelona, 1991, pág.346; CORDOBA RODA: *Comentarios al Código penal*. III. Barcelona, 1978, págs.776 y siguiente, y 782 y siguiente; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. págs.542 y siguiente; RODRIGUEZ DEVESA/- SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.975.

⁶¹¹Por ejemplo, cintas magnetofónicas, de video, cinematográficas, fotografías, diskettes informáticos... En cuanto a éstos últimos, conviene tener en cuenta que, en el ámbito de la información pública periódica de las sociedades cotizadas o bursátiles, la Circular 3/ 1994 de la CNMV admite que estas sociedades presenten la información pública periódica en impresos predispuestos por dicha CNMV o en soporte informático, de acuerdo con los requerimientos técnicos establecidos por la Comisión. La STS 19 abril 1991 (Ar. 2813) incluyó como documento los mecanismos informáticos al considerar que "una grabación de video o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito... Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes ahora".

más que sean frecuentes dichas características⁶¹².

Desde el momento en que todavía predomina en la doctrina y jurisprudencia⁶¹³ españolas un concepto restrictivo de documento tiene objeto la crítica aquí efectuada, en el sentido de que debe darse cabida en la formulación típica del delito societario de falsedad a todos los medios que sean susceptibles de afectar esencialmente al derecho a una información correcta y veraz, siendo con ello aptos para poner en peligro el patrimonio individual, como las comunicaciones verbales o las irregulares⁶¹⁴. Esta es, por otra parte, la posición admitida mayoritariamente en el Derecho comparado⁶¹⁵.

⁶¹²Cfr. ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.221 y siguientes. Vid. también CASAS BARQUERO, E.: **Reflexiones técnico jurídicas sobre los delitos de falsedad**. "DJ" núms.37/40, 1983, II, págs.1065 y siguientes; GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. págs.191 y siguientes; MORILLAS CUEVA/ PORTILLA CONTRERAS en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): **Manual de Derecho Penal (Parte Especial)**. III. Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado; de las falsedades. Madrid, 1994, cit. págs.514 y siguiente; RUIZ VADILLO, E.: **Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos**. "PJ" núm. especial IX, pág.74; SERRANO BUTRAGUEÑO (págs.18 y siguiente) y SOTO NIETO en BENEYTEZ MERINO y otros: **Las falsedades documentales**. cit. págs.164 y siguientes. Conviene tener en cuenta que en el momento presente se trata de una interpretación extensiva contraria al réo, por lo que el Código penal debiera recoger de forma expresa una definición más amplia.

⁶¹³En la jurisprudencia se aprecia actualmente un cambio de orientación gradual hacia el concepto amplio de documento. Vid. por ejemplo la STS 19 abril 1991 (Ar. 2813).

⁶¹⁴Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.72. En el mismo sentido, vid. GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal**. cit. págs.479 y siguiente. En la doctrina italiana, CONTI: **Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di)**. cit. pág.762; MANTOVANI: **Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa**. cit. pág.16.

⁶¹⁵En Italia, por ejemplo, el artículo 2621 C.c. sanciona la exposición fraudulenta de hechos sobre la constitución o sobre las condiciones económicas e la sociedad que no respondan a la

verdad, u oculten en todo o en parte hechos concernientes a las condiciones de la misma, realizadas en informes, balances u otras comunicaciones sociales. Con la mención explícita de estas "*altre comunicazioni sociali*" se entiende como meramente ejemplificativa la remisión a los informes y balances, debiendo exigirse únicamente el requisito de la pertenencia a la vida de la sociedad y a los medios de transmisión de la información social. Este precepto se integra con el DPR n.136, de 31 marzo 1975, relativo al control contable de los balances de las sociedades con acciones en Bolsa, que conmina con la misma pena a los administradores de la sociedad de revisión que en la certificación del balance, relaciones o en otras comunicaciones o declaraciones cometen falsedad o esconden o alteran hechos concernientes a las condiciones económicas de la sociedad sujeta a revisión.

En cuanto al Derecho penal alemán, el parágrafo 264 a StGB castiga a quien, "en prospectos, comunicaciones o cuadros (*in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten*), y ante un extenso círculo de personas, efectúe alegaciones ventajosas falsas o silencie hechos perjudiciales sobre el estado patrimonial" de la sociedad, entendiendo la doctrina que con dicha enumeración se hace referencia a todos los medios publicitarios relevantes en cuanto a la decisión de inversión de capital. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.17 y siguientes (págs.1944 y siguiente) y Rn.32 (pág.1047); JOECKS, W.: *Anleger- und Verbraucherschutz im 2. WiKG*. "Wistra" 1986, págs.142 y siguientes; LACKNER, K.: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. München, 1995, § 264 a, Rn.10 (págs.1111). Críticamente, WEBER, U.: *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) Teil 1: Vermögens- und Fälschungsdelikte (außer Computerkriminalität)*. "NSTZ" 1986, págs.481 y 485. En la legislación mercantil, el parágrafo 331 del C.Co. (HGB) sanciona a los sujetos que menciona cuando reproduzcan incorrectamente o disimulen las relaciones de la SA "en el balance de apertura, en el balance anual o en el informe sobre la situación" (núm.1), "en el balance de grupo o en el informe sobre la situación del grupo" (núms.2 y 3), o "en aclaraciones o comprobaciones que según el § 320 ha de dar al auditor de cuentas de la SA, de una empresa aliada o del grupo" (núm.4). Por su parte, el parágrafo 82 LSRL (GmbHG) sanciona las falsedades en documentos relacionados con la inscripción en el Registro de determinadas circunstancias (adquisición de la participación de capital, pago de la aportación, uso de la cantidad abonada, ventajas especiales, gastos de fundación, aportaciones no dinerarias y seguridades para las aportaciones dinerarias no completamente desembolsadas), con el informe sobre la fundación que han de presentar los socios (núm.2 del primer párrafo), con la inscripción de un aumento del capital social (núm.3 del primer párrafo), con la satisfacción o garantía de los acreedores en una disminución del capital social (núm.1 del segundo párrafo), en comunicaciones públicas (núm.2 del segundo párrafo), etc.

Sin haber llegado a ser Derecho vigente, como sabemos, el

La puesta en peligro del patrimonio a través de la publicación de datos falsos relativos a la situación de la sociedad, o a las personas que la integran o dirigen, constituye un supuesto sumamente próximo a la tentativa de estafa si se prescinde en el tipo de la exigencia de un perjuicio patrimonial efectivo⁶¹⁶. Esta aptitud lesiva de la publicación de datos falsos sobre diversos aspectos de la vida social ha sido reconocida por el legislador alemán, quien por medio de la 2. WiKG de 15 mayo 1986 (BGBl. I 722) introdujo en el StGB el parágrafo 264 a, al cual ya hemos tenido ocasión de hacer referencia, que regula una estafa en la inversión de capital concebida como delito de peligro abstracto para el patrimonio, cumpliendo una importante función como instrumento complementario de los tipos penales generales, y especialmente de la estafa, en la labor de proteger al público frente a los abusos cometidos por los administradores de las sociedades mercantiles⁶¹⁷. También aquí se observa la influencia del

parágrafo 188 del P.A. alemán proponía sancionar la exposición de datos incorrectos "en prospectos o en comunicaciones similares pertenecientes a una empresa y destinadas a la suscripción de acciones o a la compra y venta de participaciones en la misma...", mientras el parágrafo 197 castiga a quien "refleja incorrectamente u oculta en un balance o en un informe comercial dirigido al público o en informes similares, la situación u otros asuntos de la empresa o del consorcio...".

⁶¹⁶Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.68. Vid. también WORMS, A.: § 264a StGB -ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel?. "Wistra" 1987, pág.245.

⁶¹⁷Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.292 y siguiente. Vid. especialmente TIEDEMANN, K.: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. 2. BT. Rowohlt, 1976, págs.133 y siguientes, y 143 y siguiente, quien ya en 1976 afirmaba la necesidad de introducir figuras delictivas específicas en el ámbito de la inversión de capital que anticipasen la línea de intervención del Derecho penal a un momento anterior al de los tipos generales de estafa y Untreue, afirmación que reitera en 1995, en su artículo: Presente y futuro del Derecho penal económico. cit. págs.40 y siguiente. Esta función es cumplida en la actualidad por el parágrafo 264 a StGB, como reconoce la doctrina alemana mayoritaria. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.1

Proyecto Alternativo alemán, cuyo artículo 188 proponía una figura muy semejante⁶¹⁸. Contando en el Código penal español con un precepto similar a éstos no existiría dificultad alguna en perseguir en vía penal casos como el de un Banco que decide llevar a cabo una ampliación de capital recurriendo a una publicidad a través de folletos informativos en los que se oculta la situación de grave deterioro patrimonial de la entidad⁶¹⁹. Conviene prestar atención al hecho de que la estafa en la inversión de capital fue introducida en el StGB

(pág.1941); DREHER, E./ TRÖNDLE, H.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 47. Aufl. München, 1995, § 264 a, Rn.2 y siguientes (págs.1332 y siguiente); KREY, V.: *Strafrecht. BT. 2. Vermögensdelikte*. Stuttgart/ Berlin/ Köln, 1993, Rn.534 a (pág.229); LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.2 (pág.1109); MAIWALD, M.: *Responsabilità penale e attività bancaria: nuove tendenze nella Repubblica Federale Tedesca*. "Rivista Penale dell'Economia" núm.3, 1993, pág.302, destacando la función de prevención general que desempeña el precepto; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1*. 1988, cit. pág.456, Rn.179; TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. pág.47; WEBER: *Der Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. cit. pág.485.

⁶¹⁸Vid. LAMPE, E.-J./ LENCKNER, T./ STREE, W./ TIEDEMANN, K./ WEBER, U.: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Wirtschaft*. Tübingen, 1977, págs.70 y siguientes, donde se alude expresamente a la función de anticipar la criminalización de conductas que se sitúan en la antesala del delito de estafa (pág.71); CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.1 (págs.1941 y siguiente). El parágrafo 188 del Proyecto Alternativo exige expresamente que los datos falseados u ocultados se refieran "a circunstancias determinantes para decidir sobre la suscripción, la compra o venta o el otorgamiento de un préstamo". Una alusión similar se contiene en el parágrafo 264 a StGB ("referentes a circunstancias relevantes para decidir acerca de su adquisición o ampliación"), habiéndola aprovechado la doctrina para poner de relieve la necesidad de que las informaciones o los silencios hagan referencia a circunstancias relevantes para la decisión de invertir. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *op. cit.* § 264 a, Rn.23 y siguientes (págs.1945 y siguiente); LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.13 (pág.1112); TIEDEMANN, K.: *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*. "JZ" 1986, págs.865 y 873.

⁶¹⁹Ejemplo aportado por MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.351 y siguiente.

sólo un año después de que la Ley alemana de 1985, de adaptación de la legislación nacional a la Directiva europea en materia de balance, unificara los tipos penales de falsedad en los balances mercantiles en el parágrafo 331 del Código de comercio (HGB), artículo que contiene el correspondiente tipo penal para los balances mercantiles de las sociedades anónimas, grupos y cooperativas⁶²⁰.

La acción falsaria se distingue en función de que lo alterado en el documento sea su carácter auténtico o su naturaleza verdadera⁶²¹. La veracidad se relaciona con el contenido, mientras que la autenticidad o genuidad está referida al autor: el documento es auténtico cuando procede de la persona que figura como autor; en cambio, es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa⁶²². De esta forma ambos conceptos se conectan con la relevancia jurídica que puede imprimir a la declaración bien la procedencia de un autor determinado, bien el contenido que jurídicamente le corresponde tener cuando el Ordenamiento prescribe la obligación de la constatación documental de determinados datos, hechos o narraciones a los que asigna efectos jurídicos⁶²³.

Ahora bien, es importante delimitar el contenido de la nota de veracidad del documento para evitar lo que podría ser la tipificación de simples mentiras. De no hacerse así se

⁶²⁰Cfr. TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. págs.33 y 50.

⁶²¹Cfr. CATELANI, G.: *I delitti di falso*. 2. ed. Milano, 1989, pág.195; GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.245 y siguientes.

⁶²²Cfr. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. págs.546 y siguiente. Vid. también BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 1986, cit. págs.400 y siguientes.

⁶²³Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.233.

correría el peligro de ampliar la concepción de la falsedad hasta límites insostenibles para un moderno Derecho penal basado en los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, puesto que nada impediría el castigo de toda mentira, entendida como "no manifestación" de la verdad⁶²⁴, siendo así que "nuestra ley no da a las falsedades tal extensión, ni sería deseable que lo hiciera, porque ello equivaldría a reconocer un derecho a la verdad que rebasa las posibilidades del legislador y excede de las metas jurídicas"⁶²⁵. Y de admitirse que cualquier maniobra falsaria, independientemente de la trascendencia del aspecto sobre el que ha versado, satisface los requisitos del tipo, o de aceptarse asimismo que cualquier artificio, por grosero que sea el producto logrado, origina una falsedad punible, se estarían desoyendo las demandas de los principios limitativos del *ius puniendi* estatal⁶²⁶.

Debe advertirse que muchos supuestos dudosos podrán tratarse simplemente como un problema de interpretación del tipo penal, puesto que la confirmación de su carácter atípico se logra por los métodos de interpretación tradicionales⁶²⁷.

⁶²⁴Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.240.

⁶²⁵RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.945. Vid. también MORILLAS CUEVA/ PORTILLA CONTRERAS en COBO DEL ROSAL (dir.): **Manual de Derecho Penal (Parte Especial)**. III. 1994, cit. págs.474 y siguientes.

⁶²⁶Cfr. ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.232.

⁶²⁷Como señala CEREZO MIR, J.: **Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción. Teoría jurídica del delito/ 1. 4. ed.** Madrid, 1994, págs.339 y siguiente, no es necesario acudir al criterio de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, puesto que ya "mediante una interpretación teleológica restrictiva quedarían excluidas de los tipos de lo injusto las conductas socialmente adecuadas". En este sentido, vid. también HIRSCH, H.-J.: **Soziale Adäquanz und Unrechtslehre**. "ZStW" 1962, págs.87 y siguientes, y 126 y siguientes; del mismo autor: LK. 10. Aufl. Vor §§ 32 y siguientes, Rn.29; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm.** I. AT. 6. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.15.

Así, por ejemplo, en las afirmaciones falsas sobre puntos absolutamente irrelevantes de la declaración, habría que decidir en primer lugar si la acción es subsumible en un tipo societario⁶²⁸, ya que puede considerarse que se trata de conductas que ni siquiera encierran una mínima peligrosidad para el bien jurídico protegido, que mucho menos es lesionado. La acción falaz ha de proyectarse sobre extremos esenciales del documento⁶²⁹, y no únicamente sobre aspectos secundarios del

⁶²⁸Recordemos que tan sólo una vez afirmada la posibilidad de subsunción en el tenor literal del tipo entra en juego la figura de la adecuación social como principio limitador de la tipicidad. MARTINEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*. Madrid, 1992, pág.151.

⁶²⁹Cfr. ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.232. Vid. también CUELLO CALON, E.: *Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. Vol. I. 14ª ed. 1980, Barcelona, pág.284; QUINTERO OLIVARES, G.: *Sobre la falsedad en documento privado*. "RJCat" 1976, pág.39; SOTO NIETO en BENEYTEZ MERINO y otros: *Las falsedades documentales*. cit. pág.178; TORIO LOPEZ, A.: *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*. "ADPCP" 1981, págs.839 y siguiente. En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia en repetidas ocasiones. Vid. SSTs 30 junio 1972 (Ar. 3463), 30 marzo 1984 (Ar. 1880), 24 junio (Ar. 5345) y 26 octubre 1988 (Ar. 8398), 14 abril 1989 (Ar. 3095), 22 octubre 1990 (Ar. 8196), 29 enero (Ar. 579), 4 abril (Ar. 2573) y 11 diciembre 1991 (Ar. 9133).

En el Derecho comparado se observa asimismo que los diferentes tipos delictivos exigen la relevancia de los datos falseados u ocultados. Así se desprende de la redacción del artículo 2621 C.c. italiano ("hechos sobre la constitución o sobre las condiciones económicas de la sociedad"), del parágrafo 188 del Proyecto Alternativo alemán (datos que se refieran a circunstancias determinantes para decidir sobre la suscripción, la compra o venta o el otorgamiento de un préstamo), de los parágrafos 197 y 198 del mismo texto (datos referentes a la situación u otros asuntos de la empresa o del consorcio en un punto de importancia para la apreciación de la situación económica de la empresa o del consorcio); y, como hemos visto ya, también de la interpretación que hace la doctrina a partir del parágrafo 264 a StGB. Por todos, vid. DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.12 (pág.1335); JOECKS: *Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG*. cit. págs.146 y siguiente; TIEDEMANN: *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*. cit. pág.873. En Italia, entre otros, MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.17.

1.

mismo. Este tipo de conductas conlleva en una interpretación puramente formal la lesión del carácter verídico del documento pero, en la medida en que al Derecho penal interesa imputar en función de criterios jurídicos objetivos un resultado prohibido a la acción típica, la simple constatación de que el documento no es veraz ha de ser analizada según los criterios de la relevancia típica de la conducta y del riesgo objetivo que comporta para la lesión del bien jurídico penalmente protegido⁶³⁰. Es en este sentido que cabe aludir al principio de insignificancia, muy a tener en cuenta a la hora de delimitar los tipos mediante la interpretación teleológica⁶³¹; y es que los menoscabos mínimos del bien jurídico no realizan, desde un punto de vista material, el tipo penal, aun en el supuesto de que sean abarcados por el tenor literal del

⁶³⁰Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.241, quien advierte posteriormente de la falta de elaboración doctrina y jurisprudencial en torno a los criterios que permiten separar aquellos elementos esenciales del documento de los insustanciales, cuya alteración no provocará la aparición del delito (pág.248); JOECKS: **Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG**. cit. pág.143.

⁶³¹Sobre este principio, vid. OSTENDORF, H.: **Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel** (Zugleich eine Anmerkung zu OLG Hamm, NJW, 1180, 2537). "GA" 1982, págs.333 y siguientes; ROXIN, C.: **Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht**. Festsch. für U. Klug. Tomo II. Köln, 1983, págs.303 y siguientes. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.461, considera este principio como predicable del comportamiento cuando éste no se puede entender totalmente aprobado, sino relativamente tolerado por su escasa gravedad. En algunos casos concretos de una conducta en principio típica, sin llegar a la adecuación social, es posible afirmar la tolerancia social, esto es, que se considera socialmente tolerada o tolerable, soportable sin que tenga mayor importancia. No se trata de declarar la atipicidad de un delito por esta razón, sino de tener en cuenta que en algún supuesto concreto alguna de las acciones que podrían encajar en un tipo legal puede ser socialmente tolerable. La tolerancia social se configura como una aplicación especial del principio de insignificancia. Cfr. LUZON PEÑA, D. M.: **Causas de atipicidad y causas de justificación**. en LUZON PEÑA, D. M./ MIR PUIG, S. (coords.): **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal**. Pamplona, 1995, pág.29.

precepto⁶³².

Sólo puede tener relevancia la veracidad del contenido del documento, y por consiguiente calificarse su alteración como falsedad, cuando el Ordenamiento jurídico dota de una especial eficacia a este contenido estableciendo de manera expresa la obligación de los sujetos autorizados a emitirlo de documentar verazmente. No existe ninguna obligación general de declarar la verdad; dicha obligación tiene carácter parcial, afectando única y exclusivamente a quienes, por razón del cargo o de la labor que el Ordenamiento les encomienda, están jurídicamente supeditados a ella⁶³³. Es el caso de los administradores de sociedades, como hemos tenido ya ocasión de comprobar. Pero también de los fundadores, que han de responder de la constancia en la escritura de constitución de las menciones

⁶³²Como señala LUZON PEÑA: **Causas de atipicidad y causas de justificación**. cit. pág.28, "el principio de insignificancia opera cuando dentro de una conducta típica que en principio es suficientemente grave pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignificante, lo que puede suceder por mínimo desvalor objetivo del hecho o del resultado o también por mínimo desvalor subjetivo de la acción".

⁶³³Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.244. Vid. la STS 10 febrero 1992 (Ar. 1110), que señala, en un caso de escritura pública de compraventa simulada entre un padre y su hija, que "las falsedades documentales ideológicas (del art.302. 4 del Código Penal) no son en general aptas para ser perpetradas por particulares no vinculados por el deber jurídico de decir la verdad...". Por su parte, la STS 18 junio 1993 (Ar. 5182), relativa al descuento bancario de una letra de peloteo, señala que es "atípico la consignación como librado de persona con la que el librador no tenía ninguna relación, ya que ello más que una falsedad documental ideológica es más bien una declaración mendaz hecha por quien no tiene la obligación específica de decir la verdad, viniendo a constituir un falso testimonio que sólo es punible en el ámbito judicial en los términos expresados en los arts.326 y siguientes del Código Penal". Ante esta situación, algún autor propone extender el delito de falso testimonio a las declaraciones o manifestaciones realizadas ante fedatarios públicos o ante determinados funcionarios públicos, tal como sucede en el Derecho anglosajón. Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO en BENEYTEZ MERINO y otros: **Las falsedades documentales**. cit. pág.16. En la doctrina alemana, por todos, GALLANDI: 264 a StGB- Der Wirkung nach ein Mißgriff?. cit. pág.316.

exigidas por la Ley y de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquélla (artículo 18. 1 LSA); de los promotores, que deben elaborar en la fase inicial del proceso de fundación no sólo un Programa de fundación sino también un Informe técnico sobre la viabilidad de la sociedad proyectada y los documentos que recojan las características de las acciones y los derechos que se reconocen a sus suscriptores, además de un folleto informativo que deberán aportar a la CNMV, y cuyo contenido se ajusta a lo previsto por la normativa reguladora del Mercado de Valores⁶³⁴; de los liquidadores, obligados a hacer llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación, y, en caso de que la liquidación se prolongase por un plazo superior al prevenido para la redacción del balance anual, a formalizar y publicar en el BORM "un estado de cuentas que permita apreciar con exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación" (artículo 273 LSA)⁶³⁵; y de los auditores de cuentas, que han de comprobar si las cuentas anuales ofrecen o no la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales del ejercicio, a cuyo efecto expondrán su opinión técnica en un informe escrito detallado.

La veracidad constituye una cualidad intrínseca del documento que hace referencia a la fidelidad del contenido de la información a la realidad sobre la que debe dar noticia⁶³⁶.

⁶³⁴Vid. artículos 20. 1 de la LMV y 21. 1 de la LSA. Sobre el contenido de todos estos documentos, ampliamente, AGUILERA RAMOS, A.: **Programa, suscripción de acciones, junta constituyente e inscripción.** en ALONSO UREBA y otros: **Derecho de Sociedades Anónimas. I. La fundación.** Madrid, 1991, págs.698 y siguientes.

⁶³⁵Vid. sobre este estado de cuentas, EIZAGUIRRE, J. M. de/ ANGULO RODRIGUEZ, L. de: **Disolución y Liquidación. Obligaciones.** en SANCHEZ CALERO, F. (dir.): **Comentarios a la LSA. Tomo VIII.** Madrid, 1993, págs.190 y siguientes.

⁶³⁶Cfr. GONDRA ROMERO, J. M.: **Significado y función del principio de <<Imagen Fiel>> (<<True and fair view>>)** en el sistema del nuevo Derecho de Balances. en AA.VV.: **Derecho**

El falseamiento se refiere siempre tanto a la constatación de datos, u omisión de los mismos, cuanto a la realización de valoraciones, cuya corrección es también exigible⁶³⁷.

Mercantil de la CEE. cit. pág.555; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. pág.547.

⁶³⁷Cfr. PIQUE VIDAL, J.: **La protección de los accionistas**. en El Proyecto de Código Penal. Barcelona, 1980, pág.175. Vid. también MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios en el PLOCP**. cit. pág.185; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros**. cit. pág.855. En este sentido se ha manifestado asimismo la jurisprudencia. Vid. STS 9 mayo 1956 (Ar. 1634).

En el Derecho italiano, la cuestión acerca de la inclusión de las valoraciones en el delito de falsas comunicaciones sociales (artículo 2621 del Codice civile) está mediatizada por el tenor literal del tipo, que hace referencia a "*fatti non rispondenti al vero*". La jurisprudencia reconduce las valoraciones falsas al artículo 2621 únicamente cuando la discrecionalidad supera los límites de lo que es razonable. Cfr. MANTOVANI: **Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa**. cit. pág.16. Ampliamente, vid. MAZZACUVA en MAZZACUVA (a cura di): **I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare**. cit. págs.37 y siguiente. En Alemania la cuestión es muy discutida. Acerca del parágrafo 264 a StGB, vid. por todos CERNY, J.: **§ 264a StGB -Kapitalanlagebetrug Gesetzlicher Anlegerschutz mit Lücken**. "MDR" núm.4, 1987, págs.271 y 276; CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.24 (pág.1945); DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze**. 46. Aufl. 1993, cit. § 264 a, Rn.10 (pág.1552); JOECKS: **Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG**. cit. pág.145; LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.12 (pág.1111); TIEDEMANN: **Lecciones de Derecho Penal Económico**. cit. págs.147, donde hace referencia a una jurisprudencia restrictiva que exige que se trate claramente de inexactas manifestaciones que son falsas según toda reflexión juiciosa, y 243; WORMS: **§ 264a StGB -ein wirksames Remedium gegen den Anlagenschwindel?**. cit. pág.271. En cuanto a la legislación mercantil, la doctrina señala que las declaraciones en balances interinos y en cuadros resumen del patrimonio, así como las aclaraciones efectuadas a puntos propios del balance anual no caen bajo el ámbito de protección del parágrafo 331 C.Co. (HGB), pero sí pueden ser considerados "comunicación pública sobre la situación patrimonial" a efectos del núm.2 del segundo párrafo del parágrafo 82 LSRL (GmbHG). Cfr. SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: **GmbH-Gesetz**. 15. Aufl. 1988, cit. Ahn § 82, Rn.4 (pág.1274). En este sentido, acerca del parágrafo 82 LSRL (GmbHG), cfr., entre otros, LUTTER/ HOMMELHOFF: **GmbH-Gesetz Komm.** 14. Aufl. 1995, § 82, Rn.21 (págs.866 y siguiente); TIEDEMANN en SCHOLZ: **Komm. zum GmbH-Gesetz**. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 82, Rn.54.

Con respecto a la omisión como forma de ejecución del delito de falsedad documental⁶³⁸, es necesario partir del principio de que una forma de alterar el sentido de un documento es la no constatación de aquello que en él debería aparecer⁶³⁹. En este caso, el sujeto activo ha de estar sometido a una concreta obligación que le impele al

⁶³⁸La omisión pura, entendida como no ejecución de la acción esperada por el Ordenamiento jurídico, no es concebible con la regulación española actual en el marco de las falsedades documentales. Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. págs.311 y siguiente. En Alemania, vid. LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.12 (pág.1111), quien afirma que para la doctrina mayoritaria alemana la conducta consistente en silenciar hechos perjudiciales, prevista expresamente en el tipo, es un delito propio de omisión. En este sentido, vid. por ejemplo WORMS: **§ 264a StGB -ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel?**. cit. pág.272. En contra, por todos, SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. II**. 5. Aufl. 1993, cit. § 264 a, Rn.50 y siguientes.

En el Derecho comparado la mayoría de los tipos de falsas informaciones sociales prevén expresamente tanto la falsedad "activa", entendida como exposición de datos incorrectos, cuanto la "omisiva", ocultación de datos reales. Así, el artículo 2621 C.c. italiano sanciona la exposición fraudulenta de hechos que no responden a la verdad y la ocultación de hechos concernientes a la situación de la sociedad (en sentido similar, el artículo 14 del DPR n.136, de 31 marzo 1975); el parágrafo 188 del Proyecto Alternativo alemán castiga tanto la exposición de datos incorrectos sobre determinadas circunstancias como el guardar silencio sobre las mismas, mientras que, por último, el parágrafo 197 del mismo Proyecto castiga las conductas de reflejar incorrectamente u ocultar la situación de la empresa o del consorcio (en sentido similar, vid. el parágrafo 198). En el Derecho vigente alemán el parágrafo 264 a StGB sanciona tanto a quien efectúe alegaciones ventajosas falsas como a quien silencie hechos perjudiciales sobre el estado patrimonial, esto es, prevé expresamente una modalidad de conducta de omisión pura.

⁶³⁹Admiten la comisión por omisión como forma de ejecución de la falsedad, entre otros, CASAS BARQUERO: **Reflexiones técnico-jurídicas sobre la falsedad documental**. cit. pág.352; GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. págs.312 y siguientes; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. pág.550; RODRIGUEZ DEVEZA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.981; WEBER, U.: **Le droit pénal économique ainsi que la doctrine et les règles générales de Droit pénal**. "RIntDP" núm.54, 1983, págs.581 y siguientes.

cumplimiento correcto de la labor que lleva a cabo⁶⁴⁰. En definitiva, ha de pesar sobre él el deber de evitar una constatación documental falsa.

Quizás, como ha señalado TERRADILLOS BASOCO⁶⁴¹, la

⁶⁴⁰Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. págs.312 y siguiente. Vid. también RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.981. Es ésta la posición mayoritaria en la doctrina comparada. En Alemania se discute si el deber jurídico deriva del propio parágrafo 264 a StGB (opinión mayoritaria; en este sentido, GALLANDI: 264a StGB -Der Wirkung nach ein Mißgriff?. cit. pág.316; JAATH, K.-E.: **Zur Strafbarkeit der Verbreitung unvollständiger Prospekte über Vermögensanlagen**. Fests. für Dünnebier. Berlin/ New York, 1982, pág.607; JOECKS: **Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG**. cit. pág.146; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: **Strafrecht**. BT. 1. 1988, cit. pág.457, Rn.181; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm.** II. 5. Aufl. 1993, cit. § 264 a, Rn.6; WORMS, A.: **Anlegerschutz durch Strafrecht. Eine kritische Analyse des neuen Tatbestandes "Kapitalanlagebetrug" (§ 264a StGB)**. Köln, 1987, pág.329) o bien resulta de los principios generales. Vid. ampliamente, con respecto a la estafa, CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.18 y siguientes (págs.1865 y siguientes); KLAWITTER, T.: **Die Grenzen des Betruges durch Unterlassen**. Frankfurt aM, 1993, *passim*; LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. § 263, Rn.12 y siguientes, especialmente Rn.16 (págs.1064 y siguientes); o MAASS, W.: **Betrug verübt durch Schweigen**. Gießen, 1982, pág.30, quien afirma que para la punibilidad de la estafa por omisión es necesaria la lesión de un deber de aclaración en protección del patrimonio, después de haber concretado previamente los criterios de diferenciación entre la estafa por omisión y la infidelidad por omisión (págs.25 y siguientes).

⁶⁴¹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.71. En el mismo sentido, vid. MUÑOZ CONDE: **La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP**. cit. pág.116. Cfr. por ejemplo la STS 26 febrero 1993 (Ar. 1503), la cual, analizando la alegación de la infracción de lo dispuesto en el artículo 24. 2 CE en un proceso por apropiación indebida de dinero entregado a una sociedad para ampliación de capital, señala que "el primer factor a tener en cuenta es el de la complejidad del contenido de la causa. Nos encontramos ante un delito económico cometido en el ámbito de una sociedad mercantil que ha producido una abundante prueba documental acumulada en dos bloques, uno de los cuales tiene cincuenta y dos folios mientras el otro se compone de las acciones emitidas por la sociedad, una relación de socios con expresión del número de acciones que cada uno poseía, así como el Libro de Actas de la Junta de Accionistas y el Libro de Actas del Consejo de Administración".

complejidad de los datos manejados en las grandes sociedades hace difícil la constatación de la conducta falsaria, pero la esencia de ésta en el ámbito societario no es distinta que en otros en los que lleva sancionándose desde hace siglos. Ahora bien, conviene tener en cuenta que los delitos clásicos de falsedades documentales, por su estructura, no permiten captar la vertiente económico-patrimonial del hecho cometido en el ámbito societario, que en el mejor de los casos se castigará como alteración de la fe pública, pero no como puesta en peligro del patrimonio de los sujetos implicados. Ello hace necesaria la introducción en nuestro Código penal de un delito societario de falsas informaciones sociales que puede seguir en gran medida el modelo ofrecido por el delito alemán de estafa en la inversión de capital, en especial en cuanto se refiere a la técnica del peligro abstracto para el patrimonio, pero añadiendo un sujeto activo especial y un objeto material específico.

Una vez determinado que los bienes jurídicos en sentido técnico protegidos por el tipo societario de falsedad en las informaciones sociales deben ser conjuntamente la funcionalidad del documento y el patrimonio⁶⁴², hemos de puntualizar que el tipo será de lesión con respecto al bien jurídico funcionalidad del documento, pero con respecto al patrimonio se ha de utilizar la técnica del peligro abstracto⁶⁴³, sin requerir el

⁶⁴²Vid. *supra*.

⁶⁴³Como postulan, entre otros, STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.67, alegando la necesidad de evitar la superposición con el delito de estafa; KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. págs.208 y siguiente, quien pone como ejemplo la regulación alemana de la falsificación de balance y alega razones de practicabilidad del precepto; y TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. págs.242 y siguiente. Implícitamente, vid. también TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.856. En contra, vid., entre otros, GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*. cit. pág.480, aun reconociendo que en caso de exigirse la constatación del perjuicio entraría en juego el tipo de estafa; y SERRANO GOMEZ, A.: *Responsabilidad penal de*

error efectivo de los destinatarios de la información⁶⁴⁴. "Ello equivaldría a la impunidad en todos los casos en los que estos conocieran, de hecho, la situación real"⁶⁴⁵. El engaño ha de ser idóneo para inducir a error al hombre medio, esto es, creíble por los sujetos a los que puede ir dirigida la declaración documental falsa⁶⁴⁶. El grado de idoneidad para

administradores de sociedades y auditores de cuentas. "AP" 1993, marginal 397.

⁶⁴⁴La concepción mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas vincula la falsedad a las conductas que implican la ejecución de artificios y tretas con el objetivo de engañar a terceros de buena fe, considerando la provocación del engaño como propósito intrínseco a la mutación de la verdad. Vid. SSTs 22 marzo 1985 (Ar. 1524), 20 abril 1987 (Ar. 2582), 1 marzo 1988 (Ar. 1512), 19 abril 1989 (Ar. 3417), entre otras. Cfr. también DIAZ PALOS: **El delito de falsedad documental**. "RJC" 1966, pág.87. No obstante, el legislador omite en el actual Código penal toda referencia al engaño como elemento de la estructura del delito de falsedad documental, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el delito común de falsedades documentales regulado en el StGB alemán, en el que se hace expresa referencia a la "intención de engañar en el tráfico jurídico", como finalidad que ha de presidir las acciones típicas. Vid. ampliamente GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.269, nota núm.180, y págs.360 y siguientes. El modelo específico que ofrece el parágrafo 264 a StGB no requiere el efectivo engaño de las víctimas. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.1 (pág.1941); DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze**. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.3 (pág.1333). Críticamente, vid. GALLANDÍ: **§ 264 a StGB- Der Wirkung nach ein Mißgriff?**. "Wistra" 1987, cit. pág.316. Lo mismo sucede con los delitos de falsas informaciones sociales previstos en la legislación mercantil (parágrafos 331 C.Co y 82 LSRL). Cfr. para el § 331 C.Co. SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: **GmbH-Gesetz**. 15. Aufl. 1988, cit. Ahn § 82, Rn.16 y siguiente (pág.1277). Sobre el § 82 GmbHG, cfr. TIEDEMANN en SCHOLZ: **Komm. zum GmbH-Gesetz**. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 82, Rn.13 (pág.3484); TIEDEMANN, K.: **GmbH-Strafrecht**. en KREKELER/ TIEDEMANN/ ULSENHEIMER/ WEINMANN: **Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts**. cit. pág.3.

⁶⁴⁵TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. págs.75 y 80.

⁶⁴⁶Cfr. CORDOBA RODA: **Comentarios al Código penal**. III. 1978, cit. págs.854 y siguiente, quien afirma que "es requisito propio de todas las falsedades en general y de las documentales en particular, la idoneidad de la falsificación producida para engañar a un individuo medio integrante de la comunidad social,

determinar la relevancia típica que se exige al engaño debe fijarse con base en los criterios de la imputación objetiva⁶⁴⁷: ha de tratarse de un engaño suficiente para crear un riesgo típicamente relevante de afectación del bien jurídico penalmente protegido. Y es que no toda mentira constituye cumplimiento de este primer requisito de la falsedad, sino sólo aquellas que son objetivamente idóneas, ex ante consideradas, para inducir a error, debiendo efectuarse un juicio de probabilidad que dependerá fundamentalmente de que en un alto número de ocasiones tales mentiras inducirían a error al hombre medianamente prudente. No es preciso tampoco que el error se produzca efectivamente puesto que, como ya ha manifestado un sector doctrinal respecto del delito de estafa⁶⁴⁸, el error no es un elemento independiente del engaño.

titular del bien primeramente protegido por las referidas infracciones" (cursivas en el original). Vid. ampliamente GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. págs.271 y siguientes; ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.232 y siguiente. En Italia, por todos, MANTOVANI: **Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa**. cit. pág.17.

Es muy significativa la remisión que la doctrina alemana realiza con respecto al concepto de engaño exigido en el parágrafo 267 StGB, que regula el delito de falsedad documental, a la definición del mismo término en el parágrafo 263 StGB, que sanciona el delito de estafa. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 267, Rn.86 (pág.2027).

⁶⁴⁷Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.273. Vid. con respecto al delito de estafa, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**: 1993, cit. págs.274 y siguientes.

⁶⁴⁸Vid. GOMEZ BENITEZ, J. M.: **Función y contenido del error en el delito de estafa**. "ADPCP" 1985, pág.333. Vid. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.919, quien afirma que la estafa exige un error activo que se da cuando se actúa bajo una falsa presuposición, y se excluye por el conocimiento del carácter engañoso de la actuación del sujeto activo, pese a lo cual no rechaza de plano la tesis que hemos apuntado: "al contrario, configurado el error en los términos arriba expuestos, la discrepancia respecto a la posición de este autor (Gómez Benítez) apenas rebasa el plano de la terminología".

No es conveniente exigir la causación de un perjuicio efectivo en los patrimonios de las víctimas⁶⁴⁹, por las dificultades que ofrece tanto la prueba de la relación de causalidad como de imputación objetiva entre la falsificación del balance u otros documentos y el daño patrimonial⁶⁵⁰, a lo que se añade la necesidad de no producir solapamientos con respecto a delitos patrimoniales clásicos, como la estafa.

Al uso de la técnica del peligro abstracto para el patrimonio cabría añadir además, como he adelantado, un sujeto activo especial, más amplio que el previsto en los diversos Proyectos españoles⁶⁵¹, que abarque todos aquellos sujetos que

⁶⁴⁹En el Derecho comparado es dominante la tendencia a crear tipos societarios de falsas informaciones sociales que no exigen para su consumación la causación de un perjuicio patrimonial o de cualquier otra naturaleza. Vid. por ejemplo, en Italia, los artículos 2621 C.c., 14 del DPR n.136, de 31 marzo 1975; en Francia, los artículos 423, 433, 437 y 439 de la Ley de sociedades de 1966; en Alemania, los parágrafos 188, 197 y 198 del Proyecto Alternativo, y en el Derecho vigente, los parágrafos 264 a StGB, 331 HGB y 82 GmbHG.

En cualquier caso, de exigirse para la consumación del delito la causación de un perjuicio para el sujeto pasivo, no cabe duda de la necesidad de que éste sea siempre de naturaleza económica. Así, vid. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: *Los delitos societarios en el PLOCP*. cit. pág.185.

⁶⁵⁰Cfr. GONZALEZ RUS: *Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992*. cit. pág.182. Vid. también KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.208; MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.352, nota núm.204; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.856. No comparto la tesis de quienes rechazan la aplicación de los criterios de la imputación objetiva en el ámbito del tipo de los delitos de acción dolosos, como GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES, J. L./ GRACIA MARTIN, L.: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*. Valencia, 1993, págs.43 y siguiente. Vid. MARTINEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva del resultado*. cit. págs.48 y siguiente.

⁶⁵¹Pero más restringido que en el parágrafo alemán, el cual tiene, en opinión doctrinal, un sujeto activo común. Cfr. CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.38 (pág.1048); LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.6 (pág.1110), con matices. En este aspecto es más aceptable el modelo de delito especial propio que

2

durante las diversas fases de la vida social, en el desempeño de las funciones que el Derecho mercantil les encomienda, tienen la obligación jurídica de documentar verazmente (promotores y fundadores, administradores, auditores de cuentas, liquidadores); y un objeto material que incluya todos aquellos documentos⁶⁵² que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad mercantil, además de todos los medios publicitarios que sean susceptibles de afectar esencialmente al derecho a una información completa y veraz, siendo con ello aptos para poner en peligro el patrimonio individual.

Ya por último, con respecto a la relación entre los delitos comunes de falsedad documental y el delito de falsas informaciones sociales, una vez que hemos comprobado que las falsedades societarias entran dogmáticamente en el ámbito de aplicación de los delitos comunes de falsedad documental, el tratamiento autónomo o independiente del delito societario sólo es justificable si tiene como finalidad agravar la pena frente a la prevista genéricamente. Una tal agravación puede fundamentarse, en primer lugar, en los intereses que subyacen en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles y en la importancia de éstas en el tráfico jurídico-económico actual. En segundo lugar, en la especial protección que merecen ciertos documentos mercantiles, como las cuentas anuales y aquellos otros que el Ordenamiento prevé para dar a conocer la situación jurídica o económica de la sociedad mercantil. En

contienen tanto el parágrafo 331 HGB como el parágrafo 82 GmbHG. Cfr., sobre el parágrafo 331 HGB, TIEDEMANN en SCHOLZ: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. II. 8. Aufl. 1995, cit. Vor §§ 82 ff. Rn.67 y siguiente (pág.3465); SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: *GmbH-Gesetz*. 15. Aufl. 1988, cit. Ahn § 82, Rn.2 (págs.1274 y siguiente). Sobre el parágrafo 82 GmbHG, LUTTER/ HOMMELHOFF: *GmbH-Gesetz Komm.* 14. Aufl. 1995, cit. § 82, Rn.2 y siguientes (págs.861 y siguiente); TIEDEMANN en SCHOLZ: *op. cit.* § 82, Rn.18 y siguientes (págs.3485 y siguientes); SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: *op. cit.* § 82, Rn.3 (pág.1253).

⁶⁵²Entendido este concepto en sentido amplio. Vid. *supra*.

tercer lugar, en la condición de delito especial del precepto societario, puesto que la cualidad especial de los sujetos activos del delito societario justifica por sí sola una agravación de la pena. Y por último cabe añadir aquí la función simbólica que desempeñaría el precepto societario. Como es sabido, hasta el momento el Tribunal Supremo ha sancionado en muy escasa medida, en comparación con la cifra real de conductas delictivas, las falsedades documentales cometidas en el ámbito de las sociedades mercantiles⁶⁵³. Esta semiausencia del Derecho penal no responde a causas dogmáticas sino puramente extradogmáticas. Quizás no quede otra opción, para superarlas, que crear un delito de nuevo cuño que manifieste con mayor intensidad la voluntad sancionadora del legislador.

Si se causara un perjuicio patrimonial, entendido como "lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito"⁶⁵⁴, cabría apreciar en su caso un delito consumado de estafa, por supuesto únicamente si concurren todos los demás requisitos típicos del mismo. Y ello puesto que la falsedad en los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad mercantil constituirá generalmente engaño idóneo a efectos del delito de estafa.

Efectivamente, en ocasiones la compatibilidad se afirma con respecto al delito de estafa: la doctrina considera que estos comportamientos pueden incluirse en su ámbito de

⁶⁵³En el período 1955-1992, vid. las SSTs 9 mayo 1956 (Ar. 1634), 4 noviembre 1965 (Ar. 4974), 30 junio 1972 (Ar. 3463), 23 junio 1973 (Ar. 2896) y 7 febrero 1991 (Ar. 899).

⁶⁵⁴VALLE MUÑIZ, J. M.: **El delito de estafa: delimitación jurídico penal con el fraude civil**. Barcelona, 1987, pág.226. Señala SERRANO GOMEZ: **Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas**. cit. pág.396, que "resulta difícil que una falsedad de este tipo no cause perjuicio", a lo que cabe puntualizar que lo difícil no es que se cause el perjuicio, sino probar que se ha producido y que su causa son precisamente las falsas informaciones sociales.

aplicación⁶⁵⁵, puesto que se trata en muchos supuestos de conductas que son mero prolegómeno o actos imperfectos de ejecución de la estafa⁶⁵⁶. El mudamiento de la verdad constituye un elemento básico de la estructura de los delitos de falsedad, pero ello no excluye que sea también un elemento básico de la estructura de otras figuras delictivas, en especial de la estafa o de los fraudes⁶⁵⁷, observación que complica aún más la ya de por sí difícil relación entre la falsedad y los delitos de defraudación.

Téngase en cuenta, sin embargo, que en muchos casos no será posible reunir todos los requisitos típicos de la estafa,

⁶⁵⁵Cfr., en referencia al PCP de 1980, MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. págs.116 y siguiente; del mismo autor: La reforma de los delitos contra el patrimonio. cit. pág.685, con respecto a la PANCP; del mismo autor, en relación a la regulación efectuada en el PCP de 1992: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. pág.274. Vid. también SILVA SANCHEZ: El Derecho Penal bancario en España. cit. marginal 909; TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. págs.856 y siguiente.

⁶⁵⁶Así lo reconocen paladinamente los comentaristas del parágrafo 264 a StGB alemán. Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: StGB und Nebengesetze. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.3 (pág.1333); KNAUTH, A.: Kapitalanlagebetrug und Börsendelikte im zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. "NJW" 1987, pág.28; LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.17 (págs.1112 y siguiente). En Italia, por todos, vid. GIULIANI BALESTRINO: I problemi generali dei reati societari. cit. pág.25.

⁶⁵⁷Cfr. ANTON ONECA, J.: Estafa. "NEJ" IX, pág.57; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I./ FERRE OLIVE, J. C.: Todo sobre el fraude tributario. Barcelona, 1994, págs.51 y siguientes; GARCIA CANTIZANO: Falsedades documentales. cit. págs.226 y siguiente; QUINTANO RIPOLLES, A.: La falsedad documental. Madrid, 1952, pág.21.

El engaño es un elemento clave de la estructura de cualquiera de los delitos agrupados bajo la rúbrica "De las defraudaciones" del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del actual Código penal, y también del delito fiscal, artículo 349, contenido en el Título VI del Libro II, "Delitos contra la Hacienda Pública". Sin embargo, constituye un elemento especialmente significativo en los delitos pertenecientes a la Sección 2ª del citado Capítulo, "De las estafas y otros engaños".

que se caracteriza por tratarse de un delito con modalidad de realización determinada, a lo cual se añade que no basta con que en un supuesto concreto aparezcan todos y cada uno de los componentes del concepto de estafa, sino que además han de hallarse exactamente en la relación consecucional descrita por el tipo⁶⁵⁸, así como que ha de producirse un perjuicio económico efectivo e imputable objetivamente a la acción para entender consumado el delito.

El engaño ha de ser bastante para inducir a error, como conducta que crea un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error, generador a su vez del perjuicio económico⁶⁵⁹. Y es que, como hemos visto en la

⁶⁵⁸Cfr. CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.5 (pág.1859); VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial.* 1993, cit. págs.910 y siguientes. Para BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos).* 1993, cit. pág.274, los hitos fundamentales del proceso causal del perjuicio económico son, por un lado, que la iniciación de dicho proceso sólo puede producirse por engaño, y segundo, que el tipo alude no sólo a la acción y el resultado, sino también a un eslabón intermedio: el acto de disposición patrimonial, que conecta el engaño con el resultado de perjuicio económico. De esta manera, existen dos nexos de riesgo que deben ser afirmados para considerar que se da la imputación objetiva del perjuicio al engaño. Cfr. PEREZ MANZANO, M.: *Acerca de la imputación objetiva de la estafa.* en AA.VV.: *Hacia un Derecho penal económico europeo.* cit. págs.290 y siguiente.

En Alemania, la doctrina reconoce que la introducción del § 264 a StGB obedeció al deseo de obviar las dificultades de aplicación que en ocasiones presenta el delito de estafa, especialmente en relación con el engaño por omisión, la relación consecucional entre el engaño y el error y el dolo. Cfr. entre otros, DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze.* 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.2 (págs.1332 y siguiente); MÖHRENSCHLAGER: *Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.* cit. pág.205; WEBER: *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität.* cit. pág.486.

⁶⁵⁹Sobre la peligrosidad como requisito básico del desvalor de la acción y primer presupuesto de la imputación objetiva del resultado, vid. MARTINEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva del resultado.* cit. págs.54 y siguientes; RUDOLPHI en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. I. AT.* 6. Aufl. 1993, cit. Vor § 1, Rn.67 y siguientes (págs.34 y siguientes).

falsedad, no toda mentira constituye engaño bastante, sino sólo aquellas que son objetivamente idóneas, ex ante consideradas, para inducir a error, debiendo efectuarse a estos efectos un juicio de probabilidad o previsibilidad objetiva⁶⁶⁰. No es problemático admitir que la misma ejecución de la acción falsaria, entendida como creación de una apariencia de autenticidad y veracidad en un documento mercantil, es un medio de engaño idóneo⁶⁶¹.

Se plantea aquí el tema de la admisibilidad del engaño omisivo, puesto que existe la posibilidad de que los administradores silencien ciertos datos fundamentales (generalmente desventajosos) en la confección de los balances o de otros documentos informativos con el fin de mantener a los socios en la ignorancia con respecto a la verdadera situación de la sociedad. Tal omisión, según el artículo 302. 4º del actual Código penal, y como ya he tenido ocasión de señalar, constituye falsedad en documento mercantil⁶⁶². Ahora bien, a la hora de determinar si el silencio constituye engaño bastante a efectos del delito de estafa deben distinguirse dos supuestos diferentes. En primer lugar se hallan los casos en los que el silencio, ciertamente, posee un indudable significado, pudiendo verse en él un engaño activo capaz de generar el error de otra

⁶⁶⁰Cfr. PEREZ MANZANO: **Acerca de la imputación objetiva de la estafa**. cit. pág.294. Vid. ampliamente la STS 23 junio 1973 (Ar. 2896).

⁶⁶¹Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.270. En este sentido, vid. también la STS 23 junio 1973 (Ar. 2896). Vid. no obstante TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros**. cit. pág.857, quien señala que "tampoco parece constatable la eficacia de los datos falsos para alterar el curso de los acontecimientos económicos". Igualmente, vid. STAMPA/ BACIGALUPO: **La reforma del Derecho penal económico español**. cit. pág.68, notas núms.73 y 74.

⁶⁶²Afirma ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.239, que "tanto se falta a la verdad en la narración de los hechos cuando éstos se modifican arbitrariamente, como si se omite dar cuenta de los que habían de figurar en el documento".

persona. Ello sucede cuando la conducta del autor, activa en otra dirección o bien absolutamente pasiva, constituye una intromisión en la esfera jurídica ajena por tratarse en realidad de una realización típica comisiva⁶³. Y es que muchos supuestos habitualmente considerados como estafas omisivas son realmente engaños activos, reconducibles a la teoría de los actos concluyentes⁶⁴ desde el momento en que aparecen en el seno de un comportamiento complejo positivo dentro del cual cobra relevancia no tanto la mera omisión cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone⁶⁵.

Así, en su formulación original, expuesta en su día por PEDRAZZI⁶⁶, la idea de la que parte este sector de la doctrina penal implica que cuando el Derecho impone a un sujeto

⁶³Cfr. SILVA SANCHEZ, J.: **El delito de omisión. Concepto y sistema**. Barcelona, 1986, págs.358 y siguiente.

⁶⁴Por actos concluyentes entiendo aquellos que tienen un significado inequívoco en un contexto social determinado, sin que sea necesaria la utilización del lenguaje hablado o escrito para que sean portadoras de un concreto significado. Cfr. PEREZ MANZANO: **Acerca de la imputación objetiva de la estafa**. cit. pág.297, nota núm.47. Ampliamente, sobre los actos concluyentes en la estafa, vid. CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.14 y siguientes (págs.1862 y siguiente); DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze**. 47. Aufl. 1995, cit. § 263, Rn.7 (págs.1285 y siguientes).

⁶⁵Cfr. VALLE MUÑIZ: **El delito de estafa**. cit. pág.176. En el mismo sentido, vid. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.914. Ampliamente, en la doctrina alemana, CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.14 (pág.1862); KLAWITTER: **Die Grenzen des Betruges durch Unterlassen**. cit. pág.78 y siguientes.

⁶⁶Cfr. PEDRAZZI, C.: **Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio**. cit. págs.195 y siguientes. En el mismo sentido, vid. ANTON ONECA, A.: **Las estafas y otros engaños**. "NEJ" 1957, pág.64, quien afirma que muchos supuestos de engaño omisivo en la estafa se enmarcan en el contexto del significado de una acción, o grupo de acciones anteriores, que dan lugar a un hecho concluyente y, por tanto, a un engaño activo. Ampliamente, vid. CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.12 (pág.1861).

que se encuentra en una determinada posición el deber de informar a otras personas, como sucede en el caso de los administradores de sociedades mercantiles, también el silencio puede asumir un valor concluyente, ya que la falta de comunicación podría ser interpretada como afirmación de que el sujeto obligado a informar no tiene nada que comunicar⁶⁶⁷. De esta forma, la confección de un balance mercantil en el que se omiten datos esenciales constituiría un engaño idóneo para producir el error de los sujetos pasivos, si bien el documento resulta engañoso no porque en él se excluyan dichos datos sino porque al excluirllos se afirma positivamente, aunque de modo implícito, que no existen. Esta tesis se introdujo en España a través de la obra de RODRIGUEZ MOURULLO en torno al delito fiscal⁶⁶⁸, y con ella coincide un amplio número de autores⁶⁶⁹ que, sin embargo, divergen en la comprensión de los requisitos que deben concurrir en la omisión para que pueda ser concebida

⁶⁶⁷En este sentido, cfr. WORMS: § 264a StGB -ein wirksames Remedium gegen den Analgeschwindel?. cit. pág.224.

⁶⁶⁸Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Presente y futuro del delito fiscal*. Madrid, 1974, pág.66; del mismo autor: *El nuevo delito fiscal*. "Revista Española de Derecho Fiscal" núms.15-16, 1977, págs.709 y siguientes; también: *El nuevo delito fiscal*. "CLP" II, 1983, pág.260.

⁶⁶⁹Vid., entre otros, BAJO FERNANDEZ: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*. cit. págs.558 y siguientes; del mismo autor: *La omisión de declaración como delito contra la Hacienda Pública*. cit. págs.1 y siguientes; BOIX en BOIX REIG, J./ BUSTOS RAMIREZ, J.: *Los delitos contra la Hacienda Pública*. Madrid, 1987, págs.87 y siguientes; FERRE OLIVE, J. C.: *La omisión de declaración tributaria, ¿configura un delito fiscal?*. "PJ" núm.10, 1988, págs.140 y siguiente; MARTINEZ PEREZ: *El delito fiscal*. cit. págs.219 y siguientes; del mismo autor: *El delito de defraudación tributaria*. "CLP" VII, cit. págs.248 y siguientes. En contra, vid. BERDUGO/ FERRE: *Todo sobre el fraude tributario*. cit. pág.61. Con respecto al delito de estafa, vid. por todos GONZALEZ RUS, J. J.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. II. Delitos contra la propiedad. Madrid, 1992, págs.204 y siguientes; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.914.

como engaño idóneo⁶⁷⁰.

En segundo lugar, y continuando en el marco del engaño por omisión, se hallan los supuestos en los que el sujeto activo no saca a otro del error en que previamente se encuentra cuando podría hacerlo. Para algunos autores estos casos deberían quedar impunes, puesto que el error es anterior a la omisión de la prestación positiva de salvaguardia del bien jurídico ya en peligro, y no su consecuencia, siendo así que la imputación objetiva en la estafa requiere una determinada correlación temporal⁶⁷¹. Otros afirman la existencia de engaños omisivos siempre que concurren los requisitos de la comisión por omisión, esto es, deber de garante y equivalencia con la causación activa⁶⁷², si bien un sector doctrinal pone de relieve que la dificultad reside precisamente en el análisis del requisito de equivalencia entre la no evitación del resultado y la causación activa pues, se dice, nunca se puede

⁶⁷⁰Vid. una exposición sintética de las diversas posturas en MESTRE DELGADO, E.: *La Defraudación Tributaria por Omisión*. Madrid, 1990, págs.58 y siguientes. Una amplia selección de la jurisprudencia es ofrecida por GONZALEZ RUS: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. II. 1992, cit. págs.205 y siguientes.

⁶⁷¹En este sentido, vid. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.914; LOPEZ-BARJA DE QUIROGA en AA.VV.: *Parte especial*. cit. pág.227. En Alemania, por todos, BOCKELMANN, P.: *Betrug verübt durch Schweigen*. F. für Eb. Schmidt. Göttingen, 1961, págs.441 y siguientes

⁶⁷²Así, vid. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.280 y siguiente; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. págs.277 y siguiente; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal*. "PJ" núm. especial IX, págs.242 y siguientes. En Alemania, por todos, CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.11 (pág.1861) y Rn.18 y siguientes (págs.1865 y siguientes), especialmente Rn.19.

afirmar que no sacar de un error equivale a engañar⁶⁷³.

Como puede observarse, se trata de un tema discutido y discutible, si bien nos inclinamos por la postura que niega la admisión de la estafa en los casos en que la omisión es posterior al error del sujeto pasivo, por entender que la estafa no se resuelve en la suma de sus componentes, sino que exige una concreta relación consecencial entre ellos: el engaño ha de motivar un error que induzca al sujeto pasivo a realizar un acto de disposición que a su vez determina la causación de un perjuicio patrimonial.

Afirmada la adecuación de la conducta engañosa para inducir a un acto de disposición por error, todavía no se habrá demostrado que el engaño ha creado un riesgo típicamente relevante si el riesgo creado es un riesgo permitido⁶⁷⁴ o tolerado⁶⁷⁵. En ciertos sectores del tráfico jurídico:

⁶⁷³Para VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. pág.193, no es suficiente para considerar que existe el engaño suficiente propio del delito de estafa "el aprovechamiento de un estado de desconocimiento aún cuando pudiera existir un determinado deber de informar, pues, como ya advertimos, el <<no decir algo que se sabe>> no puede ser equiparado al <<engañar>>". En el mismo sentido, vid. SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. pág.359; en Italia, por todos, GRASSO, G.: *Truffa in danno della banca, ricorso abusivo al credito, obblighi di denuncia o di rapporto*. en ROMANO, M. (a cura di): *Responsabilità penale degli operatori bancari*. Bologna, 1980, págs.94 y siguientes; para Alemania, vid. especialmente KLAWITTER: *Die Grenzen des Betruges durch Unterlassen*. cit. págs.32 y siguientes, donde analiza pormenorizadamente la relación entre la cláusula prevista en la Parte general sobre comisión por omisión y la estafa por omisión.

⁶⁷⁴Cfr. PEREZ MANZANO: *Acerca de la imputación objetiva de la estafa*. cit. pág.298. Vid. ampliamente sobre este concepto, MARTINEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva del resultado*. cit. págs.125 y siguientes. Más brevemente, entre otros, TORIO LOPEZ, A.: *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*. "EPC" X, págs.397 y siguientes.

⁶⁷⁵Como señala LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. pág.29, "la tolerancia social significa que algunos casos concretos de una conducta en principio típica, sin llegar a la adecuación social, esto es, pese a que no se los considera correctos, sí que son socialmente tolerados o

económico se consideran toleradas o permitidas deformaciones de la verdad, exageraciones y conductas que por su divergencia con la realidad objetiva pueden ser caracterizadas sin más como engañosas, en la medida en que se realicen bajo la observancia de las reglas o usos sociales reguladores de la actividad en cuestión⁶⁷⁶. Constituirán en tal caso conductas penalmente atípicas que no podrán sancionarse ni siquiera como tentativa de estafa⁶⁷⁷.

Corresponde entonces analizar el ámbito de aplicación del riesgo permitido y de la tolerancia social en el delito de falsas informaciones sociales. Para ello, prestaremos particular atención a la regulación mercantil de la contabilidad y de la información necesaria en el ámbito específico del mercado de valores, por tratarse de los sectores que han recibido una mayor atención por parte del legislador, tanto comunitario como nacional⁶⁷⁸.

En el ámbito de la contabilidad de las sociedades

considerados como algo tolerable, soportable sin que tenga mayor importancia... cuando haya tolerancia social, aunque el hecho siga siendo ilícito, en un Estado democrático no se puede considerar como ilícito criminal lo que mayoritariamente se considera por la sociedad como tolerable y por tanto muy poco grave".

⁶⁷⁶Cfr. TORIO LOPEZ, A.: Acción y resultado típico en la estafa procesal. en Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca. Salamanca, 1982, pág.887. Vid. también PEREZ MANZANO: Acerca de la imputación objetiva de la estafa. cit. págs.298 y siguiente; VALLE MUÑIZ: El delito de estafa. cit. pág.168; VIVES en VIVES/BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.914.

⁶⁷⁷Cfr. PEREZ MANZANO: Acerca de la imputación objetiva de la estafa. cit. pág.299. Vid. también BAJO FERNANDEZ / PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). cit. pág.279. Ello no excluye que puedan ser consideradas un ilícito civil o administrativo. Vid. LUZON PEÑA: Causas de atipicidad y causas de justificación. cit. pág.29.

⁶⁷⁸Vid. ampliamente supra, en sede de determinación de los intereses subyacentes a la regulación de los delitos societarios.

mercantiles existe un margen muy estrecho de riesgos permitidos. Después de la trasposición efectuada en los años 1988-1990 de las Directivas comunitarias en materia de sociedades de capital al Derecho español, se ha incorporado a nuestro Ordenamiento mercantil la categoría de la "imagen fiel"⁶⁷⁹, por la cual hay que entender la representación clara y exacta de las realidades jurídica y económica de la compañía, y en especial de su patrimonio⁶⁸⁰. La imagen fiel "es el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo éstos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas"⁶⁸¹. El artículo 174 LSA asocia el concepto de imagen fiel a la utilización de los esquemas legales de las cuentas previstos en el artículo 173, si bien admite excepciones siempre que dicho distanciamiento del esquema legal no impida "mostrar la imagen fiel". Esta flexibilidad relativa a la no utilización de la esquematización legal de las cuentas en beneficio de una superior claridad de las mismas, respetando siempre el principio de la imagen fiel, podría poner en peligro los objetivos legalmente perseguidos con las nuevas exigencias de contabilidad y auditorías societarias, razón por la cual los

⁶⁷⁹Esta expresión constituye una simplificación de la británica "true and fair view", esto es, "verdadera y fiel visión", que considera criticable ILLESCAS ORTIZ en URÍA/MENÉNDEZ/ OLIVENCIA: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. VIII. cit. págs.108 y siguientes, por considerar que el calificativo "verdadera" hubiera impedido, con su carácter contundente e indiscuso, todo tipo de discrepancias acerca de cuál debe ser la efectiva finalidad de la revisión auditora.

⁶⁸⁰El principio que analizamos afecta con especial intensidad a las cuentas anuales, que deben presentar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados obtenidos por la sociedad (artículos 208 LSA y 1. 2 LAC). Vid. ampliamente GARCÍA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima. cit. págs.804 y siguientes; ILLESCAS ORTIZ en URÍA/ MENÉNDEZ/ OLIVENCIA: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. VIII. cit. págs.114 y siguiente.

⁶⁸¹Introducción (II. 10) del Plan General de Contabilidad, aprobado por RD 1643/ 1990, de 20 diciembre 1990.

audidores están obligados a escrutar de modo particularmente minucioso las circunstancias de cada caso en que la claridad y exactitud de las cuentas anuales resultan abandonadas por los administradores⁶⁸².

En el ámbito del mercado de valores, la información ha de asegurar a sus destinatarios la libre capacidad de adoptar decisiones con incidencia directa sobre su patrimonio. No se trata de desconocer el elemento de riesgo que implica toda inversión en valores, sino de que la asunción de ese riesgo se produzca con pleno conocimiento por el inversor de todas las circunstancias inherentes a la propuesta que se le hace⁶⁸³. Ahora bien, en el sector de la inversión de capitales se plantea la cuestión acerca del momento en el que cesan las manipulaciones "tolerables" de la información y tiene inicio el engaño con relevancia penal: trazar aquí una línea fronteriza es, evidentemente, muy difícil⁶⁸⁴.

Una vez comprobado que la conducta engañosa ha creado un riesgo típicamente relevante de producción de un acto de disposición por error, corresponde analizar los dos nexos de riesgo propios de la estafa: el que debe darse entre el engaño y el acto de disposición y el que conecta el acto de disposición y el perjuicio económico⁶⁸⁵.

En un primer nivel, tendremos que analizar el acto de disposición como hecho final del proceso causal, y constatar

⁶⁸²Cfr. ILLESCAS ORTIZ en URÍA/ MENÉNDEZ/ OLIVENCIA: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. VIII. cit. págs.112 y siguiente.

⁶⁸³Vid. ampliamente CACHON BLANCO, J. E.: El principio jurídico de protección al inversor en valores mobiliarios. "RDBB" núm.55, 1994, págs.642 y siguientes.

⁶⁸⁴Cfr. MAIWALD: Responsabilità penale e attività bancaria: nuove tendenze nella Repubblica Federale Tedesca. cit. pág.302.

⁶⁸⁵Cfr. PEREZ MANZANO: Acerca de la imputación objetiva de la estafa. cit. pág.299.

si es el concreto resultado previsto, esto es, si el peligro creado por el engaño era un peligro de poner en marcha un curso causal equivalente al efectivamente producido⁶⁸⁶. En ocasiones las falsas informaciones sociales serán la causa real de la disposición patrimonial efectuada, pero en otros supuestos constituirán uno más de los diversos factores causales, o simplemente no habrán tenido relevancia alguna en la decisión de invertir del accionista o del acreedor⁶⁸⁷. Se trata, en fin, de casos en los que el autor ha establecido realmente, de modo contrario a la prohibición, un determinado peligro, pero en los que no se ha realizado tal peligro prohibido, sino un riesgo diverso que se halla fuera del ámbito de protección de la norma. Como afirma PEREZ MANZANO, al legislador español no le interesa sancionar como estafa consumada los engaños bastantes para producir error en otro si el acto de disposición no se ha realizado por error, o el motivo determinante de la

⁶⁸⁶Cfr. PEREZ MANZANO: *Acerca de la imputación objetiva de la estafa*. cit. págs.299 y siguiente. Se trata del criterio denominado por un sector de la doctrina alemana conexión o nexo de riesgo (*Risikozusammenhang*). Vid. por todos BURGSTALLER, M.: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besondere Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*. Wien, 1974, pág.96; RUDOLPHI en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. AT. I*. 6. Aufl. 1993, cit. Vor § 1, Rn.63; SCHÜNEMANN, B.: *Modernen Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*. "JA" 1975, pág.582; TRIFFTERER, O.: *Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung*. Festsch. für U. Klug. Tomo II. Köln, 1983, págs.419 y siguientes; WOLTER, J.: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin, 1981, págs.341 y siguientes.

⁶⁸⁷Consideramos aquí que la duda constituye también una forma de error a efectos del delito de estafa, siempre y cuando la víctima se decida finalmente por realizar el acto de disposición patrimonial confiando de algún modo en la veracidad de lo que se le ha afirmado, puesto que se está equivocando efectivamente y por tanto merece la protección penal. Cfr. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, J. L.: *La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa*. "CPC" núm.50, 1993, pág.545. Ahora bien, también resalta SERRANO que quien tiene por posible lo afirmado por el autor, pero no llega a tomar posición sobre su veracidad porque este extremo le es absolutamente indiferente, no puede decirse que haya sido víctima de un engaño típico (pág.547).

eficacia de la inducción es otro⁶⁸⁸.

Por otra parte, tampoco conviene olvidar que, según hemos visto, el alcance del engaño a veces puede quedar relativizado por el inseguro límite entre la estafa punible y la habilidad en los negocios⁶⁸⁹, en los cuales se aprovechan las deficiencias en la información sobre hechos relevantes de que dispone la otra parte para obtener ventajas⁶⁹⁰.

A ello se añade que, como he adelantado, aun cuando se demuestre la existencia de engaño idóneo en no pocas ocasiones será muy difícil demostrar la relación de riesgo entre la falsedad como engaño típico y la pérdida patrimonial sufrida⁶⁹¹. El peligro de perjuicio económico generado por el

⁶⁸⁸Cfr. PEREZ MANZANO: *Acerca de la imputación objetiva de la estafa*. cit. pág.304.

⁶⁸⁹Vid. sobre la distinción entre las conductas de estafa y las de mera habilidad en los negocios, KÜHNE, H. H.: *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug? Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*. 1978, *passim*. Vid. también PEREZ MANZANO: *Acerca de la imputación objetiva de la estafa*. cit. págs.298 y siguiente.

⁶⁹⁰Cfr. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO: *La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa*. cit. pág.531.

⁶⁹¹Vid. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.352, nota núm.204; MÖHRENSCHLAGER: *Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. cit. pág.205; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.856; WORMS: *§ 264a StGB - ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel?*. cit. pág.244. Esta dificultad se reconoce también en el ámbito de la responsabilidad civil por la promesa de indemnización por informaciones inexactas en las ofertas públicas de venta o enajenación de acciones. Cfr. FERNANDEZ DEL POZO: *Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera*. cit. pág.181. Como señala ASUA BATARRITA: *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales*. cit. pág.49, "la relación funcional entre los elementos típicos (del delito de estafa)... implica la reconducción de la simulación engañosa a la creación del peligro de lesión patrimonial, como presupuesto para la imputación objetiva del resultado". Para el BGH alemán, en la sentencia de 5 julio 1993, que procedió a revisar la sentencia del OLG de

acto de disposición debe realizarse en el perjuicio efectivamente producido, que será la materialización del riesgo creado⁶⁹². Si, a pesar de que el sujeto activo ha realizado una conducta peligrosa que hace temer la producción del resultado típico, el resultado efectivamente producido no es reconducible a ese riesgo creado por el autor, ello sólo puede deberse a que en la producción del resultado ha influido otro riesgo, lo que determinará la negación de la imputación objetiva. Pensemos en el caso de quienes, motivados efectivamente por las falsas informaciones sociales, compraron participaciones de la sociedad o bien le concedieron un crédito. La disposición patrimonial recibe en estos casos una contraprestación constituida por participaciones u obligaciones de la sociedad, con lo cual en este primer momento no existe un perjuicio patrimonial⁶⁹³. Y no se produce un perjuicio patrimonial en el sentido requerido por la estafa puesto que "éste ha de encontrar su causa inmediata y directa en la disposición patrimonial efectuada por el engañado"⁶⁹⁴, mientras que en muchos supuestos constitutivos de delitos

Frankfurt, caso Hornblower-Fischer, publicada en "AG" núm.1, 1994, págs.32 y siguientes, la relación de causalidad entre el folleto informativo y los perjuicios causados no ha de llevar necesariamente a la conclusión de que el daño sufrido por el inversor debe ser consecuencia directa de las omisiones o de los errores del folleto informativo. El hecho decisivo es la capacidad de esos defectos del folleto para incidir sobre la decisión de invertir: se afirma la relación de causalidad allí donde se acredite que el inversor se habría abstenido de efectuar su inversión si hubiera conocido adecuadamente los hechos.

⁶⁹²Sobre el requisito de la realización del riesgo en el resultado en el juicio de imputación objetiva, vid. ampliamente MARTINEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva del resultado*. cit. págs.169 y siguientes, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁶⁹³Como sabemos, la doctrina se refiere a la determinación del perjuicio como comparación del antes y después del patrimonio.

⁶⁹⁴VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. pág.230. Es doctrina mayoritaria en Alemania. Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: *StGB mit Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 263, Rn.24 y 26 (págs.1295 y siguientes); MAIWALD en MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.441, Rn.129.

societarios el perjuicio, si existe, se produce en un momento posterior, cuando las acciones bajan de precio al conocerse la verdadera situación patrimonial de la entidad, cuando se produce la intervención de la entidad bancaria por organismo competente, o incluso por motivos ajenos a las actuaciones ilícitas de los administradores. Son casos, en fin, en los que el perjuicio no tiene lugar a consecuencia del acto de disposición patrimonial, sino en un momento posterior, propiciado por circunstancias ajenas a la relación típica de riesgo⁶⁹⁵.

Así, cabe excluir del ámbito de aplicación del delito de estafa tanto los casos de no producción del perjuicio como aquellos supuestos en los que los efectos perjudiciales se derivan sólo indirectamente de la disposición patrimonial⁶⁹⁶, esto es, de producción de un perjuicio distinto a aquél cuyo peligro de producción había creado el acto de disposición. En estas situaciones no se podrá sancionar por delito consumado de estafa, sino, en su caso, tan sólo por las formas imperfectas de ejecución (frustración⁶⁹⁷ o tentativa⁶⁹⁸), por

⁶⁹⁵Cfr. MARTINEZ PEREZ: **El delito societario de administración fraudulenta**. cit. pág.352, nota núm.204. Sobre la responsabilidad del autor por "daños sucesivos" (*Zweitschädigungen*) causados por el comportamiento contrario al deber de un tercero, vid. LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vorbem § 13, Rn.101 y siguientes (págs.163 y siguientes). Sobre la responsabilidad por los "daños consecuentes" o "subsiguientes" (*Folgeverletzungen*), vid. entre otros JAKOBS, G.: **La imputación objetiva en Derecho penal**. Bogotá, 1994, págs.96 y siguientes; RUDOLPHI en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. I. AT.** 6. Aufl. 1993, cit. Vorbem § 1, Rn.75 y siguiente.

⁶⁹⁶Críticamente, vid. TORIO LOPEZ: **Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma**. cit. págs.396, quien señala, en relación a este tema, que "pocos términos son tan ambiguos como directo e indirecto, o principal y secundario".

⁶⁹⁷Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA en COBOS GOMEZ DE LINARES, M. A./ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ RODRIGUEZ RAMOS, L.: **Manual de Derecho penal. Parte especial. II**. Madrid, 1990, pág.263; MAIWALD: **Responsabilità penale e attività bancaria**. cit. pág.302; PEREZ MANZANO: **Acerca de la imputación objetiva de la estafa**.

supuesto siempre que concurren los demás requisitos objetivos y subjetivos de éstas.

Por lo demás, es dudosa la consideración como perjuicio económico de las pérdidas de expectativas económicas y lucros cesantes que no tengan un asiento jurídico material y efectivo⁶⁹⁹. La doctrina mercantilista distingue entre el derecho a participar en las ganancias sociales, como derecho corporativo inconcreto y abstracto que no hace nacer por sí en favor del propietario ninguna acción de pago de cantidad, y el derecho al dividendo repartible en un determinado ejercicio económico, que sólo surge una vez que la sociedad acuerde el reparto de determinados beneficios. Engañar con respecto al futuro dividendo repartible puede ser, sin duda, un engaño bastante, pero el problema es determinar si la frustración de las expectativas creadas constituye también un perjuicio patrimonial, extremo que se considera muy dudoso en la doctrina penal⁷⁰⁰. Creo preferible considerar que también los juicios

cit. pág.301.

⁶⁹⁸La tentativa existiría hasta la realización del acto de disposición y a partir de él habría frustración. Cfr. PEREZ MANZANO: *Acerca de la imputación objetiva de la estafa*. cit. pág.301, nota núm.61. Vid. no obstante SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginales 905 y siguiente, quien apunta los problemas dogmáticos que plantea el aspecto subjetivo en la tentativa de estafa.

⁶⁹⁹En este sentido, vid. por todos BAJO FERNANDEZ, M.: *El delito de estafa* (Art. 528 del Código penal). "CLP" V, pág.1172; BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.287; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. págs.281 y siguiente.

⁷⁰⁰Vid. por todos MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. págs.281 y siguiente; VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. págs.83 y 230 y siguientes. Al hilo del análisis del parágrafo 263 StGB alemán señala CRAMER, en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.87 (pág.1884), que las expectativas futuras se considerarán parte del patrimonio únicamente cuando el tráfico comercial les otorgue ya un valor económico actual, lo cual sucede desde que se considera que el incremento patrimonial, en el curso natural de las cosas, tiene

de probabilidad surten efecto en la conducta si el incremento patrimonial en que se confía se encuentra en relación racional con el riesgo asumido⁷⁰¹.

Si la falsedad ha constituido engaño bastante a efectos del delito de estafa, engaño que ha originado el error del sujeto pasivo, el cual efectúa el acto de disposición patrimonial causa del correlativo empobrecimiento patrimonial, entonces y sólo entonces entrará en consideración el delito de estafa⁷⁰², planteándose los correspondientes problemas concursales. Afirma DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO⁷⁰³ que el concurso aparente de leyes penales habrá de resolverse con el criterio de alternatividad, con la consecuencia de que se aplicaría el delito patrimonial clásico⁷⁰⁴, quedando los delitos societarios convertidos en letra muerta a no ser que se entienda que estamos ante un supuesto de especialidad, con lo que también seguiría teniendo actualidad la crítica formulada en su día por MUÑOZ CONDE al PCP de 1980, en el sentido de que "las defraudaciones y falsedades patrimoniales son más leves cuando se producen en el ámbito socio-económico"⁷⁰⁵. La

una gran probabilidad de verificarse. Vid. los numerosos ejemplos ofrecidos por el mismo autor en el Rn.88.

⁷⁰¹Cfr. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO: La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa. cit. pág.531.

⁷⁰²La relación funcional entre los elementos típicos de la estafa supera la mera concatenación causal de tales elementos. Cfr. por todos LACKNER: LK. 1988, cit. § 263, Rn.164 a 176 (págs.136 y siguientes).

⁷⁰³DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: Los delitos societarios en la reforma penal. cit. pág.159.

⁷⁰⁴En este sentido, vid. también BACIGALUPO ZAPATER, E.: Notas sobre la PANCP. "RFDUC" núm.6 monográfico, cit. pág.74.

⁷⁰⁵MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.119, nota núm.23. Sobre la relación concursal entre los parágrafos 263 (estafa) y 264 a (estafa en la inversión de capital) del StGB, afirma WEBER: Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. cit. pág.485, que cuando se produzca la causación de un perjuicio se

cuestión no es tan sencilla, puesto que para considerar que el peligro queda embebido en el resultado de lesión, con lo que estaríamos ante un concurso de leyes, se ha de constatar que los bienes jurídicos afectados están en relación de identidad o complementariedad, y que los sujetos afectados por el peligro son los que ulteriormente resultan lesionados⁷⁰⁶, lo que no siempre ni necesariamente será así.

En conclusión, si las falsas comunicaciones sociales han de ser penalmente perseguidas de modo eficaz lo serán como delito de peligro abstracto para el patrimonio que se perfecciona sin necesidad de requerir para su consumación la lesión efectiva o la puesta en peligro concreto de ese bien jurídico⁷⁰⁷. En virtud del mismo se protege también de manera inmediata la funcionalidad del documento, que resultará lesionada siempre que la conducta sea suficientemente peligrosa para ser considerada típica. La consideración mediata de un interés supraindividual consistente en la veracidad de las informaciones sociales, que carece del rango de bien jurídico-penal, hace precisamente de éste un delito económico-patrimonial, justificando tanto la anticipación de las barreras de protección⁷⁰⁸ como una posible agravación de la pena frente

aplicará el delito de estafa conjuntamente con el de estafa en la inversión de capital.

⁷⁰⁶Cfr. HERNANDEZ PLASENCIA, J. V.: Delitos de peligro con verificación de resultado. ¿Concurso de Leyes?. "ADPCP" 1994, pág.122.

⁷⁰⁷Así, vid., entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: Notas sobre la PANCP. cit. pág.74; KAISER: La lucha contra la criminalidad económica. cit. pág.208; TIEDEMANN: Presente y futuro del Derecho penal económico. cit. págs.40 y siguiente. En contra, por todos, TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.857.

⁷⁰⁸Vid. en este sentido TIEDEMANN: Presente y futuro del Derecho penal económico. cit. págs.40 y siguiente, quien llega a afirmar la existencia de un bien jurídico-penal consistente en el "derecho a una información correcta sobre sociedades de capital", que justificaría el adelantamiento de la protección penal a través de la creación de un tipo penal de captación (Aufgangtatbestand) semejante a la estafa en la inversión de

a la que correspondería a las formas imperfectas de la estafa⁷⁰⁹. Y es que la estafa no acoge el desvalor pluriofensivo en sentido amplio, no sólo patrimonial sino también económico, de estas conductas.

Con el fin de delimitar el tipo se podría optar, como ha sugerido algún autor, por la introducción de un elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad o intención de causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de los socios o a terceros⁷¹⁰, de forma que se adelantase la línea defensiva trasladando elementos del tipo objetivo al tipo subjetivo sin exigir su efectiva producción. Ahora bien, con ello se configuraría un tipo de peligro que presentaría el obstáculo de no ser aplicable cuando no se persiguiera la finalidad de causar ese daño, o lo que se pretendiera fuera precisamente todo lo contrario, beneficiar a la sociedad, a los socios o a los terceros, entre ellos el propio administrador⁷¹¹. También en el parágrafo 264 a StGB el

capital.

⁷⁰⁹Cfr. GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. pág.25.

⁷¹⁰En contra, vid. STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.67. BACIGALUPO ZAPATER: *Notas sobre la PANCP*. cit. pág.74, propuso, al hilo del estudio del artículo 294. 1 de la PANCP, prescindir en el tipo de clasificación de balance del propósito específico de ocultar a los socios o a terceros la situación de la sociedad.

⁷¹¹Cfr. KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.208. En el mismo sentido crítico frente a la introducción de elementos subjetivos, MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.352, nota núm.204; SERRANO GOMEZ: *Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas*. cit. marginales 396 y siguiente; TIEDEMANN: *Presente y futuro del Derecho penal económico*. cit. pág.41. Vid. por ejemplo, la STS 25 mayo 1990 (Ar. 4442), en la que un consejero delegado de una sociedad anónima manifiesta en la escritura pública de ampliación de capital, emisión, puesta en circulación, desembolso parcial de acciones y modificación de estatutos, que estaban suscritas y desembolsadas en su 50% todas las nuevas acciones, por haber ingresado los accionistas suscriptores su importe efectivo en la

legislador alemán ha optado por no exigir la presencia de ningún elemento subjetivo del injusto, incluido el ánimo de lucro, siendo suficiente el dolo eventual para cumplir los requisitos del aspecto subjetivo del delito⁷¹². Lo mismo sucede en el artículo 2621 del C.c. italiano, que no requiere la intención de causar un perjuicio, siendo suficiente el dolo eventual, "esto es, la previsión y la aceptación de la posibilidad de un daño como elemento correlativo del beneficio"⁷¹³.

caja de sociedad, cuando no era cierto que se hubiera efectuado ese desembolso. Juzgado por falsedad en documento público, comprendido en el artículo 303 del Código penal en relación con el núm.4 del artículo 302, alega el recurrente que no existió voluntad maliciosa ni ánimo de causar daño o perjuicio. El Tribunal Supremo responde que "es indudable que tal falseamiento de la verdad potencialmente encierra la posibilidad de causar daño o perjuicio para los acreedores sociales y para los futuros accionistas, pues la fijación del capital social de la sociedad anónima representa una cifra de garantía para ello y un requisito esencial para la constitución de la sociedad anónima y en los aumentos o disminución de dicho capital". Anteriormente, en la STS 30 junio 1972 (Ar. 3464) el Alto Tribunal negaba, sin embargo, la concurrencia del dolo falsario alegando que "la única intención que guió al inculpado y a los que con él colaboraron (en la falsificación del balance de una sociedad), fue la de conseguir la noble aspiración de ampliar y fortalecer la empresa mercantil, y por lo tanto, defender, asegurar y beneficiar tanto los intereses comunitarios como los particulares de los socios minoritarios, un día querellantes, poniéndose de relieve la buena fe que presidió la actuación y la ausencia de malicia preordenada, a perjudicar los derechos de los discrepantes socios minoritarios, y a su vez de fin ilícito, sin daño alguno, ni siquiera potencial conocido para ninguna persona..."

⁷¹²Cfr. WEBER: *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. cit. pág.485. Vid. también CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.36 (pág.1948); DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.15 (pág.1336). Con ello se ha tratado de superar la dificultad que plantea la prueba del dolo. Cfr. MÖHRENSCHLAGER: *Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. cit. pág.205.

⁷¹³Cfr. MAZZACUVA en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. 1992, pág.40. Sobre la jurisprudencia italiana vertida en torno al tema del elemento subjetivo del delito de falsas informaciones sociales, vid. ampliamente CATENACCI: *Il bilancio nella normativa penale societaria*. cit. pág.625.

Las falsedades en las diversas informaciones sociales se contemplan también en algunas modalidades de acción de los delitos contra la Hacienda Pública.

La mayoría de la doctrina entiende que el patrimonio del Erario Público es el bien jurídico inmediatamente protegido en estos delitos⁷¹⁴, puesto que se considera que subsiste una estructura esencialmente patrimonialista, si bien se tiene en cuenta el carácter público del patrimonio objeto del ataque⁷¹⁵ y las funciones que debe cumplir, que son las del tributo. Ello no impide que el legislador haya tenido también en cuenta las consecuencias para el orden económico que tienen dichas conductas atentatorias contra el patrimonio, habida cuenta la función que los tributos cumplen en el Estado social y democrático de Derecho⁷¹⁶.

⁷¹⁴Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito de defraudación tributaria*. cit. págs.252 y 360; BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.606 y siguiente y 635; RODRIGUEZ MOURULLO: *Presente y futuro del delito fiscal*. cit. pág.67; del mismo autor: *El nuevo delito fiscal*. cit. pág.709; del mismo autor: *Algunas consideraciones sobre la reforma del delito fiscal*. cit. págs.159 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.86 y siguiente.

⁷¹⁵Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ SUAREZ/ MANZANO: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.607, nota núm.24; BOIX en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. págs.409 y siguiente; RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones sobre la reforma del delito fiscal*. en AA.VV.: *Infracciones tributarias*. Madrid, 1988, págs.160 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.86 y siguiente. Otro sector de la doctrina, muy minoritario, sustenta sin embargo una posición estrictamente patrimonial, equiparando la defraudación tributaria a los delitos contra el patrimonio individual. En este sentido, vid. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. págs.578 y siguientes.

⁷¹⁶Cfr. BOIX en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. págs.408 y 410; MARTINEZ PEREZ: *El delito de defraudación tributaria*. cit. págs.241 y siguientes, donde explica detenidamente la diferencia entre el patrimonio del Erario público como bien inmediato y el

Uno de los principales medios para engañar a Hacienda consiste en consignar en las declaraciones tributarias obligatorias datos falsos⁷¹⁷ o bien en omitir los datos correctos. En este sentido, es de destacar que la legislación penal vigente no contiene ningún precepto que específicamente incrimine la comisión de falsedades en las declaraciones tributarias⁷¹⁸. Esta situación ha sido duramente criticada por la doctrina, que rechaza "el lastre de una tradición que niega tipicidad falsaria a las declaraciones específicamente destinadas a la administración tributaria. Tan arbitraria obra de "despenalización" carece de todo fundamento salvo el puramente fáctico de privilegiar a los autores de una especie de criminalidad no marginal, sino bien cercana a la condición material de los operadores jurídicos"⁷¹⁹. Se parte de la base de que los Tribunales de justicia no han castigado nunca las falsedades documentales en libros fiscales o en la contabilidad con el propósito de defraudar a Hacienda⁷²⁰, pese a carecer de fundamento desde el punto de vista dogmático⁷²¹.

orden económico como bien mediato; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.87.

⁷¹⁷Con independencia de los supuestos contemplados como delitos contables en el artículo 350 bis CP, se observa en numerosos supuestos: a) que el sujeto activo ha omitido asentar ciertos ingresos indebidos; b) la contabilización de gastos inexistentes, sin cobertura documental; c) la contabilización de gastos inexistentes, amparada en facturas falsas; d) la deducción por inversiones que no se realizan; e) la contabilización de la amortización de bienes ya amortizados.

⁷¹⁸Cfr. BERDUGO/ FERRE: *Todo sobre el fraude tributario*. cit. pág.53.

⁷¹⁹ARROYO ZAPATERO, L.: *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*. Madrid, 1987, pág.136.

⁷²⁰Vid. CORDOBA RODA: *Comentarios al Código penal*. III. 1978, cit. págs.903 y siguientes; MARTINEZ PEREZ: *El delito fiscal*. cit. págs.374 y siguiente.

⁷²¹Cfr. MARTINEZ PEREZ, C.: *Incumplimiento de obligaciones contables (Art. 350 bis)*. "CLP" VII, pág.381.

Por otra parte, la doctrina siempre ha entendido que la contabilidad irregular del empresario, dirigida a evadir el pago de sus tributos, configura una maniobra susceptible de inducir a error a la Administración tributaria⁷²². Y es que la relación entre el delito fiscal y las falsedades es muy estrecha: no puede desconocerse el dato de que la regulación del delito fiscal, hasta la reforma de 1985, se incluía, por razones históricas, en el Título correspondiente a las falsedades. Esta colocación mereció severas críticas por parte de la doctrina, la cual reconocía, sin embargo, que el fraude, la mendacidad o la falsedad son necesarios para la estimación de los delitos contra la Hacienda Pública⁷²³.

El Código penal actual sanciona específicamente en su artículo 350 bis⁷²⁴, entre otras conductas, ciertas falsedades

⁷²²Cfr. BERDUGO/ FERRE: Todo sobre el fraude tributario. cit. págs.54 y 148.

⁷²³Cfr. CORDOBA RODA, J.: La nueva Ley de delitos contra la Hacienda pública: Principios informadores de la Reforma de 1985. El nuevo delito fiscal. en AA.VV.: El nuevo Derecho penal económico: aspectos fiscales y laborales. Barcelona, 1986, pág.12.

⁷²⁴Artículo 350 bis: "Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 1.500.000 a 3.000.000 de pesetas el que estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales:

a) Incumpliera absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la Empresa.

c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas o los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas.

d) Hubiera practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho a que se refieren las letras c) y d) del apartado anterior requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía en más o en menos de los cargos o abonos omitidos o falseados, exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 10.000.000 de pesetas por cada ejercicio económico".

en la contabilidad mercantil cometidas con el fin de defraudar a la Hacienda Pública. Este precepto, según la doctrina, constituye un claro exponente de la severidad con que pretendió el legislador articular los delitos contra la Hacienda Pública: se adelanta la barrera punitiva, elevando a la categoría de delito comportamientos que, en parte, constituyen actos preparatorios, y en parte, delitos de peligro⁷²⁵, lo cual ha suscitado no pocos recelos doctrinales respecto de la corrección del nuevo precepto desde una perspectiva garantista del Derecho penal⁷²⁶. En este sentido, señalan BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ⁷²⁷ que la introducción del artículo 350 bis, que hace referencia a determinadas falsedades en documentos mercantiles, "viene a santificar la tradicional tesis jurisprudencial de que las falsedades cometidas con intención de defraudar al fisco son impunes por atípicas".

En algunas modalidades típicas del artículo 350 bis del Código penal, las de las letras a) y b), el objeto de tutela y el propio contenido de injusto se agotan en la pura infracción de un deber extrapenal, señalando la doctrina que, precisamente por ello, lo que sucede en tales conductas es que, aunque el legislador las haya elevado al rango delictivo, no hay realmente un bien jurídico penalmente protegible⁷²⁸. Por

⁷²⁵Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.634 y siguiente; MARTINEZ PEREZ: **El incumplimiento de obligaciones contables**. cit. págs.358 y siguiente.

⁷²⁶En este sentido, vid. MARTINEZ PEREZ: **Incumplimiento de obligaciones contables**. cit. págs.356 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. págs.88 y siguientes.

⁷²⁷En BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.635.

⁷²⁸Cfr. MARTINEZ PEREZ, C.: **El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria**. en prensa, págs.32 y siguiente, nota núm.78.

este motivo, dichas infracciones se consideran muy cuestionables desde el prisma del principio de ofensividad⁷²⁹. En la doctrina mayoritaria se configuran habitualmente como delitos de peligro abstracto⁷³⁰ o concreto⁷³¹ para el patrimonio del Erario público.

Las letras c) y d) del artículo 350 bis regulan tipos alternativos de falsedades contables que por sí solas no son constitutivas de delito, dado que su contenido de injusto ha de integrarse con el párrafo segundo del mismo artículo. Y es que dicho párrafo contiene dos requisitos que, de forma acumulativa, resultan imprescindibles para considerar que los supuestos de hecho contenidos en las letras c) y d) son constitutivos de delito. Así pues, la tipicidad de dichos supuestos se condiciona, por una parte, a que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas sean reflejo de la falsa contabilidad; y, por otra, a que la cuantía en más o en menos de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de diez

⁷²⁹Cfr. MARTINEZ PEREZ: **El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria**. cit. pág.33, nota núm.78. Críticamente, vid. también BUSTOS RAMIREZ, J.: **Los delitos contra la Hacienda Pública**. Madrid, 1987, pág.45, que afirma que en su opinión se conculcan los principios constitucionales que informan el Derecho penal español; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: **Las nuevas figuras delictivas de la Reforma de 1985**. en AA.VV.: **El nuevo Derecho penal económico: aspectos fiscales y laborales**. cit. págs.59 y siguiente, quien alega que "se han traspasado las fronteras marcadas por los caracteres fragmentario y subsidiario" del Derecho penal.

⁷³⁰Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.636 y 639; GRACIA MARTIN, L.: **La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal**. Madrid, 1990, pág.326 y *passim*; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. págs.89 y siguientes. En contra, vid. por ejemplo BUSTOS RAMIREZ: **Los delitos contra la Hacienda Pública**. cit. pág.48, quien entiende que nos encontramos ante la punición de meros actos preparatorios.

⁷³¹Cfr. FERRE OLIVE, J. C.: **El delito contable. Análisis del artículo 350 bis del Código Penal**. Barcelona, 1988, pág.169.

millones de pesetas por cada ejercicio económico⁷³². Como señala TERRADILLOS BASOCO⁷³³, "en los apartados c) y d) se castigan formas imperfectas de ejecución elevadas a la categoría de delito autónomo, cuya idoneidad lesiva para el Erario, en virtud de lo exigido por el párrafo último es notoria".

El legislador, evidentemente, ha estimado que las falsedades contables cometidas con el fin de defraudar a Hacienda no merecen por sí solas ser constitutivas de delito; por tal motivo se exige que la realización de dichas falsedades contables se asocie a otro acto posterior para la configuración del tipo delictivo⁷³⁴. Ahora bien, señala MARTINEZ PEREZ que es la extraordinaria importancia del bien jurídico colectivo inmaterial, consistente en los fines que los tributos están destinados a cumplir, lo que permite fundamentar la criminalización de infracciones tributarias que no consisten en una defraudación, esto es, que no comportan un efectivo perjuicio patrimonial para el patrimonio del Erario, sino un simple peligro concreto (artículo 350 bis, apartados c) y d), según doctrina mayoritaria⁷³⁵) e incluso el simple peligro abstracto para dicho patrimonio (artículo 350 bis, apartados a y b)⁷³⁶.

⁷³²Cfr. CORDOBA RODA: La nueva Ley de delitos contra la Hacienda Pública. cit. págs.22 y siguiente; MARTINEZ PEREZ: Incumplimiento de obligaciones contables. cit. pág.369.

⁷³³TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.90. Vid. también BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. pág.642.

⁷³⁴Cfr. MARTINEZ PEREZ: Incumplimiento de obligaciones contables. cit. pág.370.

⁷³⁵Cfr. por todos TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.90.

⁷³⁶Cfr. MARTINEZ PEREZ: El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. cit. págs.41 y siguiente.

En conjunto, las figuras delictivas contenidas en el artículo 350 bis están destinadas a servir de complemento al delito de defraudación tributaria, permitiendo sancionar penalmente aquellos comportamientos que, con arreglo al artículo 349 del Código penal, resultarían atípicos por tratarse de defraudaciones por cuantía inferior a cinco millones de pesetas⁷³⁷. Las conductas que abarca el delito contable son esencialmente actos preparatorios o de ejecución del delito fiscal, que han sido considerados por el legislador lo suficientemente relevantes y peligrosos como para merecer una tipificación autónoma⁷³⁸.

Si bien la entidad de la sanción penal del delito contable puede parecer un privilegio respecto de las mismas falsedades en documento mercantil cometidas sin propósito de defraudar a la Hacienda Pública, lo cierto es que la doctrina subraya cómo de esta manera se ha procedido a la punición de conductas falsarias que venían siendo impunes en la práctica⁷³⁹, con lo que desaparece el privilegio.

La relación entre el delito contable y las falsas informaciones sociales puede provocar delicados problemas de interpretación, particularmente en el caso de que las falsas informaciones sociales tengan como finalidad exclusiva evadir

⁷³⁷Cfr. MARTINEZ PEREZ: Incumplimiento de obligaciones contables. cit. pág.371.

⁷³⁸BERDUGO/ FERRE: Todo sobre el fraude tributario. cit. pág.148. De "delitos de peligro potencial o abstracto" los califica OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Las nuevas figuras delictivas de la reforma de 1985. cit. pág.59. Para TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.90, los apartados a) y b) del artículo 350 bis recogerían delitos de peligro abstracto, mientras que en los apartados c) y d) se castigan formas imperfectas de ejecución elevadas a la categoría de delito autónomo.

⁷³⁹En este sentido, vid. BOIX en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.435; MARTINEZ PEREZ: Incumplimiento de obligaciones contables. cit. págs.380 y siguiente.

el pago de tributos. En Italia, donde esta cuestión ha recibido amplia atención, una parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria han sostenido en tal caso la prevalencia del delito contable o fiscal, por aplicación del principio de especialidad, confinando la hipótesis de un concurso de delitos a los casos en que el autor haya pretendido asimismo engañar a otros sujetos, además de a la Administración tributaria⁷⁴⁰. Otra parte de la doctrina, por el contrario, parte de que la norma penal tributaria no sería aplicable a los administradores, síndicos y liquidadores de la sociedad en cuanto no titulares de la obligación tributaria, de forma que la falsificación de un balance realizada por tales sujetos con el fin de eludir el pago de tributos sería reconducible exclusivamente al delito societario de falsas informaciones sociales contenido en el artículo 2621 C.c.⁷⁴¹.

5. 3. EL DELITO SOCIETARIO DE INFIDELIDAD PATRIMONIAL.

Actualmente el delito de apropiación indebida es casi la única forma de castigo en el Derecho penal español de la administración desleal del patrimonio ajeno, como críticamente han puesto de manifiesto en la doctrina, entre otros⁷⁴², BAJO FERNANDEZ⁷⁴³, MARTINEZ PEREZ⁷⁴⁴ o STAMPA/ BACIGALUPO⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰Cfr. FOFFANI en CENDON, P.: Commentario al codice civile. Vol. V. Torino, 1991, pág.1638; MAZZACUVA: **La tutela penale dell'informazione societaria**. en BRICOLA, F./ ZAGREBELSKY, W.: Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Torino, 1990, pág.59, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

⁷⁴¹Cfr. LANZI, A.: **Falso in bilancio e frode fiscale nella nuova legislazione tributaria**. "Giur. comm." 1983, I, pág.60.

⁷⁴²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. págs.44 y siguiente.

⁷⁴³Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. cit. págs.404 y siguiente.

Nuestro Código penal, a diferencia de los de los países de nuestro entorno cultural inmediato, no conoce el delito de administración fraudulenta o desleal⁷⁴⁶. De esta forma, "al limitarse a castigar los supuestos en que ese abuso (de

⁷⁴⁴Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. especialmente págs.305 y siguientes.

⁷⁴⁵Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.153; BACIGALUPO ZAPATER, E.: La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español. en AA.VV.: Hacia un Derecho penal económico europeo. cit. pág.387.

⁷⁴⁶La jurisprudencia tradicional caracteriza la apropiación indebida por el aprovechamiento abusivo por parte del agente de la confianza latente en el acto negociador base, consistente en que, avisando las oportunidades y facilidades derivadas de la tenencia de las cosas u objetos y, a la vez, traicionando la lealtad y conculcando las obligaciones emanantes de la relación jurídica generadora, pervierte y cambia la posesión originaria, ligada a fines predeterminados, en propiedad antijurídica, lesiva para quien aguarda la entrada o el reintegro; o, al menos, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, incorporando las cosas a su patrimonio, disponiendo de ellas en provecho propio, distrayéndolas de su destino o negando haberlas recibido. QUINTANAR DIEZ, M.: Sobre el <<título>> y la <<apropiación>> en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal. "CPC" núm.49, 1993, pág.299. En alguna ocasión llega a calificarse el abuso de confianza de elemento subjetivo del tipo. Vid., entre otras, las SSTs 3 enero (Ar. 260), 20 marzo (Ar. 1976), 14 mayo 1985 (Ar. 2482), 16 enero (Ar. 391), 9 (Ar. 8478) y 10 noviembre 1987 (Ar. 8489).

Sin embargo, la existencia de un abuso de confianza no es requisito de la apropiación indebida. Si bien en este delito pueden mediar relaciones de confianza entre los sujetos, no se trata de un delito de abuso de confianza semejante al que se tipifica expresamente en los países de nuestro entorno, y en que se acogen supuestos de deslealtad o abuso en la administración del patrimonio ajeno, de suficiente gravedad como para merecer la intervención penal. La apropiación indebida no exige como elemento típico el abuso de confianza, ni las relaciones en que se basa precisan de la confianza, ya que pueden muy bien ser relaciones estrictamente jurídicas. Esta tesis se ve corroborada por la comprobación de que la circunstancia agravante de abuso de confianza es aplicable al delito de apropiación indebida. Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. págs.412 y 425; QUINTANO RIPOLLES, A.: Tratado de la parte especial del Derecho penal. II. Madrid, 1977, pág.869.

confianza) determine una ilícita apropiación, sigue la pauta genérica de atender a la titularidad del derecho y no a su ejercicio, a la forma jurídica y no a las verdaderas relaciones de poder, a la forma jurídica y no a la realidad económica. Con ello quedan en el campo del ilícito civil atentados patrimoniales muy graves que, desde luego, han de estimarse merecedores de castigo"⁷⁴⁷. La existencia de dicha laguna ha determinado en ocasiones la aplicación por los Tribunales del delito de apropiación indebida y, menos frecuentemente, de la estafa, a supuestos de administración desleal del patrimonio ajeno que no les debieran ser propios"⁷⁴⁸.

Y aunque no existen inconvenientes en apreciar el delito de apropiación indebida o la estafa en ciertos supuestos de administración desleal"⁷⁴⁹, es preciso reconocer una amplia gama de conductas que sólo difícilmente podría ser abarcada por estos clásicos delitos patrimoniales, bien porque caen directamente fuera de su ámbito de aplicación, bien porque constituyen formas imperfectas de ejecución cuya persecución no suele interesar a la Administración de Justicia al no materializarse el perjuicio patrimonial o bien, por último,

⁷⁴⁷VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.962.

⁷⁴⁸Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: **Hurto y apropiación indebida: criterios de demarcación**. "CPC" núm.28, 1986, pág.125. Vid. las SSTs 23 junio 1973 (Ar. 2896), 29 enero (Ar. 579) y 30 marzo 1991 (Ar. 2480). La segunda STS mencionada señala específicamente que "los supuestos de administraciones fraudulentas, no pueden integrar los tipos de estafa... ni el de apropiación indebida, ya que no implican apropiación de dinero, o cosas muebles entregadas por un título que obligue a entregar o devolver, sino perjuicios que afectan al patrimonio en general, y no la propiedad de cosas determinadas".

⁷⁴⁹Vid. por ejemplo, la STS de 23 de junio de 1973 (Ar. 2896), a la cual ya hemos tenido ocasión de hacer referencia, y en la que el Tribunal Supremo no dudó en aplicar el delito de apropiación indebida a la conducta del Presidente del Consejo de Administración de un Banco, que era a su vez único accionista del mismo, que utilizó indebidamente el capital social en perjuicio de los cuentacorrentistas e impositores.

porque se entienda que en la apropiación indebida no se castigan las formas imperfectas de ejecución.

La doctrina española mayoritaria coincide, con matices diversos, en afirmar desde un punto de vista abstracto y alejado de cualquier formulación positiva la conveniencia de una más amplia y enérgica tutela penal en el terreno de la administración fraudulenta, tanto en general como en la más específica órbita societaria⁷⁵⁰.

Ahora bien, como hemos visto se afirma mayoritariamente que, al menos en teoría, un número notable de conductas constitutivas de administración social fraudulenta podrían ser perseguidas utilizando los delitos patrimoniales clásicos,

⁷⁵⁰Vid., por todos, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.405; MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.312; STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.63; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.94.

No trataremos aquí, por exceder del tema que nos ocupa, la conveniencia de la creación de un delito genérico de administración desleal del patrimonio ajeno en el Derecho penal español, afirmada, entre otros, por BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. *passim*; BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *op. cit.* pág.405; BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales*. cit. págs.68 y siguiente; DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.538; DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: *Los delitos societarios en la reforma penal*. cit. pág.162; MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.340 y siguientes; STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. págs.63 y siguiente. Esta necesidad es sentida también en la doctrina italiana. Vid. por todos ALESSANDRI: *I reati societari*. cit. págs.503 y siguiente; FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. págs.470 y siguiente; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.19 y siguientes; NUVOLONE: *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*. cit. págs.113 y siguiente y 143 y siguientes; PEDRAZZI: *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*. cit. págs.536 y siguientes y 578 y siguientes; ZUCCALA: *L'infedeltà nel diritto penale*. cit. págs.205 y siguientes.

especialmente el delito de apropiación indebida y, en menor medida, la estafa⁷⁵¹. Conviene no obstante efectuar ciertas puntualizaciones, puesto que se trata de una afirmación que no puede ser aceptada en su esencia.

En primer término, en modo alguno debe desconocerse el dato de que en la práctica habitual los Tribunales no han castigado los numerosos supuestos de administración social fraudulenta que se les han presentado. Es indudable que no existe una única justificación de esta ausencia de respuesta penal; se ha de recurrir a tal efecto, desde luego, a causas extra-dogmáticas, que ya tuvimos ocasión de analizar *supra*⁷⁵².

⁷⁵¹Vid., por todos, GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal**. cit. pág.478; GONZALEZ RUS: **Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992**. cit. pág.182; MUÑOZ CONDE: **La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP**. cit. págs.116 y siguientes; OLIVA GARCIA: **Sobre el llamado delito financiero**. cit. págs.40 y siguientes; RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**. cit. pág.683.

Ahora bien, la dificultad de aplicar a ciertas operaciones bancarias irregulares, como los LBOs, las figuras tradicionales de estafa y apropiación indebida ha sido resaltada por RODRIGUEZ MOURULLO: **Aspectos penales de las crisis bancarias**. cit. pág.294, quien, no obstante, considera que sí es posible apreciar apropiación indebida en los casos de operaciones relacionadas con créditos concedidos a sociedades de los consejeros o a testaferros de éstos. En el mismo sentido, vid. MUÑOZ CONDE: **Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma**. cit. pág.275. Esta abusiva utilización del crédito en favor del grupo de control del Banco, primero para adquirir las propias acciones de la Entidad a alto precio, y luego para financiar los negocios en muchas ocasiones especulativos de las sociedades del mismo grupo, constituye la práctica más nociva, y en cierto modo el origen de todas las demás.

⁷⁵²Vid. *supra*. Se trata de un fenómeno unánimemente puesto de manifiesto por la doctrina italiana. Vid. por todos FOFFANI: **Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>**. cit. pág.467, y bibliografía mencionada en nota núm.5. Ya en 1973 aludía OLIVA GARCIA: **Sobre el llamado delito financiero**. cit. pág.8, con especial énfasis, a que la clase dirigente no tiene interés en captar el eco de la conciencia media para sugerir al legislador la inclusión de estas figuras delictivas societarias, porque lógicamente "a nadie se le puede pedir que tire piedras

Y es que además, como denuncia MUÑOZ CONDE⁷⁵³, si alguna vez, excepcionalmente, se han castigado severamente estos comportamientos, inmediatamente se han puesto en marcha otros mecanismos, "extra, para o ilegales, generalmente subculturales, como el <<amiguismo>>, el <<enchufe>> o el <<soborno>>, que han atenuado o incluso evitado el peso de la sanción penal"⁷⁵⁴.

En segundo lugar, confluyen también aquí causas dogmáticas. En ciertos supuestos se advierten evidentes dificultades probatorias de algunos elementos del tipo de la apropiación indebida, e incluso una verdadera imposibilidad de apreciar dicho delito. Y es que, si bien es cierto que la apropiación indebida ha sido sometida a una interpretación extensiva por parte de los tribunales, no siempre resulta posible aplicarla a supuestos como los que aquí interesan⁷⁵⁵.

Así, no es posible incluir en la apropiación indebida una de las formas más frecuentes de infidelidad patrimonial,

contra su propio tejado". Esta observación sigue siendo pertinente.

⁷⁵³MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. págs.111 y 116.

⁷⁵⁴Entre esos mecanismos menciona el autor, además, los retardos maliciosos en la Administración de Justicia, sobornos del personal administrativo, interferencias oficiosas de personas influyentes, concesión arbitraria de beneficios como la condena condicional, permisos de salida, cumplimiento en establecimientos penitenciarios abiertos, indultos particulares, etc., "que convierten la sanción penal en una burla de sí misma". MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.128.

⁷⁵⁵Cfr. SILVA SANCHEZ: El Derecho Penal bancario en España. cit. marginal 908. En el Derecho italiano, vid. MARINUCCI/ROMANO: Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni. cit. pág.706; NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. págs.16 y siguientes; PEDRAZZI: Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori. cit. págs.529 y siguiente, 537 y siguiente, y 541 y siguiente.

denunciada por MARINUCCI/ ROMANO⁷⁵⁶, como es la concesión abusiva por parte de los administradores de fondos o créditos de la sociedad, en una operación que comporte un grave riesgo para los intereses sociales no consentido por las reglas de la actividad gestora normal, a fin de procurarse un beneficio propio de cualquier naturaleza. La forma más habitual de cometerse esta operación es el autopréstamo o "insider borrowing", en el cual los administradores o directivos de entidades de crédito conceden créditos abusivos, ya sea a ellos mismos o a personas a ellos vinculadas directa o indirectamente, en condiciones perjudiciales para la entidad. Esta forma de abuso del crédito bancario carece de tipificación penal en nuestro sistema⁷⁵⁷.

En estos casos y en otros de semejante entidad no tiene

⁷⁵⁶Cfr. MARINUCCI/ ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. págs.76 y siguientes. También destaca este supuesto de administración fraudulenta BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. pág.386. Vid. por ejemplo la STS 4 julio 1980 (Ar. 3125), que examinó un supuesto en el que se discutía la posibilidad de aplicar el delito de apropiación indebida a los siguientes hechos: el Presidente y Consejero delegado de una sociedad, con facultades para celebrar toda clase de contratos y "dar o recibir dinero a préstamo", concede a un tercero, en nombre de la sociedad, un préstamo de cinco millones de pesetas, cantidad que entregó efectivamente y fue posteriormente reintegrada. La acusación particular recurrió la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia en causa seguida por los delitos de apropiación indebida y falsedad. Señala el TS que "si la operación era o no conveniente en el orden de una buena administración, es cuestión que rebasa el campo estrictamente punible, donde, como se ha dicho, no puede detectarse la indispensable intención delictiva en quien obra como mandatario o representante designado al efecto y dentro de los límites del encargo conferido, de cuya licitud no duda; con lo que, y siendo también ajenas al Derecho penal las contiendas intestinas habidas en el seno de una sociedad anónima para lograr el predominio o la hegemonía de la dirección de la misma, procede la desestimación del único motivo del presente recurso, fundamentado en el núm.1º del art.849 de la L.E.Crim. por inaplicación del art.535 del Código Penal".

⁷⁵⁷Cfr. SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginal 908.

lugar una apropiación definitiva y directa de los fondos sociales por parte de los administradores⁷⁵⁸, sino usos ilícitos (dominicales o no) hasta hoy impunes o indebidamente sancionados a través del delito de apropiación indebida⁷⁵⁹,

⁷⁵⁸Vid. RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**. cit. pág.638.

⁷⁵⁹Sobre la atipicidad de la llamada "apropiación indebida de uso", vid. ampliamente ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: **Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I: Infracciones de uso**. Madrid, 1988, págs.81 y siguientes. De acuerdo con MANJON-CABEZA OLMEDA, A.: **Nuevo enfoque de la apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas**. Madrid, 1988, págs.186 y siguientes, el criterio para deslindar los actos ilícitos dominicales que no constituyen delito de apropiación indebida de aquellos otros que sí lo son, "nos vendrá dado por la compatibilidad o incompatibilidad de dichos actos ilícitos dominicales con la posterior devolución, o dicho de otra forma, habrá que ver si se trata de actos que suponen una apropiación definitiva o constituyen mero abuso del derecho de forma temporal". Y es que la apropiación temporal de un objeto es considerada atípica hoy en día por la doctrina española dominante, salvo en los casos de incriminación expresa referidos a la apropiación de bienes específicos (que en el Código penal actual se reduce a la de los artículos 396, 516 bis y 586. 1º). Cfr. por todos FERRER SAMA, A.: **Voz Apropiación indebida**. "NEJ" II, 1983, págs.768 y siguientes; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. págs.295 y siguiente; QUINTANO RIPOLLES: **Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal**. II. 1977, cit. págs.866 y siguientes; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.424. Ampliamente sobre las apropiaciones temporales, vid. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. págs.165 y siguientes.

En la jurisprudencia, vid. la interesante STS 4 julio 1980 (Ar. 3125), en la que el Alto Tribunal señala que "la doctrina ha entendido que comete este delito (la apropiación indebida) el administrador o gerente de una sociedad que recibiendo, con destino social, dinero o cosa mueble, lejos de ingresarlo en el acervo social lo toma para sí en beneficio exclusivo, y también lo perpetra si tomando del caudal social dinero o cosas muebles, los incorpora a su patrimonio, o los hace suyos, o les da un destino distinto al convenido o adecuado, y, finalmente, que lo mismo puede predicarse de cualquier socio, que aun no siendo administrador, obre de idéntico modo al señalado". Puntualiza el TS, no obstante, que para que se cometa el delito de apropiación indebida en sociedades, entre otros requisitos, es preciso "que concurra y se constate intención o propósito de incorporación al patrimonio propio de lo que consta es ajeno, quedando excluida dicha intención cuando se obra con propósito no lucrativo de

como contraer obligaciones a cargo de los bienes, valores o capital administrados. Conductas consistentes en la obtención por los administradores de préstamos otorgados por la sociedad que administran, préstamos que se renuevan indefinidamente sin que la cantidad sea nunca devuelta, o en conseguir que la sociedad les garantice deudas personales, o que los intereses devengados por los préstamos se ingresen sólo nominalmente en la cuenta de resultados del Banco administrado, sólo podrían considerarse apropiación indebida forzando el sentido de los términos típicos⁷⁶⁰. Su apariencia suele ser la de un negocio civil perfectamente lícito que enmascara la distracción de fondos sociales. Y si la superación de esta apariencia requeriría una nueva regulación de la apropiación indebida, la creación de un delito societario de administración fraudulenta permite abarcar más fácilmente estos supuestos límite⁷⁶¹.

realización del propio derecho, de cautela, de garantía u otro semejante", alegando en apoyo una larga serie de sentencias.

⁷⁶⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.46. En contra, vid. MUÑOZ CONDE: *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*. cit. pág.11.

⁷⁶¹En el Derecho comparado se prevén expresamente estos supuestos de hecho. Así, en Italia, el artículo 2624 C.c. castiga con reclusión de uno a tres años y con multa a los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores que contraigan créditos en cualquier forma, directamente o por persona interpuesta, con la sociedad que administran o con una sociedad controlada por ésta o por la que ésta es controlada, o que se hacen prestar por una de tales sociedades garantías por las deudas propias. Con este precepto se pretende garantizar la integridad del patrimonio social, impidiendo que se produzcan pérdidas a causa de los créditos otorgados a los titulares de los poderes de administración y control. Cfr. DI AMATO: *Diritto penale dell'impresa*. 1992, cit. pág.133. La doctrina ha entendido comprendidos en la prohibición del artículo 2624 el mutuo, la apertura de crédito, el comodato, la constitución de un derecho de usufructo, habitación o uso a título gratuito, el aval cambiario, la anticresis, la constitución de hipoteca, etc. Vid. MIRTO, P.: *Il diritto penale delle società*. Milano, 1954, pág.225; PESCE, D. (a cura di): *Responsabilità penale del consiglio di amministrazione nelle società commerciali in Europa*. Milano, 1991, pág.25. La misma conducta cometida por los administradores y dependientes de la sociedad de revisión se regula en el artículo 16 del D.P.R. 31 marzo 1975, núm.136, de forma que no pueden contraer créditos ni obtener préstamos de las

De igual modo ocurre, en palabras de RODRIGUEZ MOURULLO⁷⁶², cuando los recursos del Banco se destinan a pagar la adquisición de acciones del propio Banco, o a conceder préstamos ingentes a sociedades controladas por los administradores, pero carentes de solvencia. "Al final el Banco sólo tiene como contrapartida un "apunte contable" en el que figura la "deuda"... que nunca podrá recuperar la entidad prestataria por carecer ésta de la debida solvencia". Como argumenta este autor, muchos de estos casos "se han instrumentado tan hábilmente que presentan la apariencia de un negocio civil y en la práctica cuesta desenmascarar que lo que se quiere presentar como una "deuda", siempre reconocida y que al final resulta impagada por carecer el deudor de medios para satisfacerla, es desde el principio pura y simplemente una apropiación indebida de los fondos cuya administración los

sociedades sujetas a revisión, ni de otras sociedades que se encuentren con la primeras en relación de control activo o pasivo.

En Francia, la entrada en vigor de la Ley de sociedades núm.537, de 24 julio 1966, conservó parcialmente las formulaciones precedentes. La integración del artículo 15 de la anterior Ley de 24 julio 1867 por el Decreto-ley de 8 agosto 1935 ha permitido una amplia represión penal de los comportamientos de los administradores contrarios a sus obligaciones, de forma que es posible sancionar no sólo la desviación de bienes sociales sino el simple uso abusivo del crédito de la sociedad y de los poderes generales atribuidos a los administradores. Al concepto de abuso de poder o del crédito social la jurisprudencia ha reconducido la aceptación de letras o efectos de favor de terceros o de otras sociedades, lo que supone arriesgarse a una pérdida patrimonial para la sociedad. Se considera que también existe uso indebido de los bienes, crédito o poderes sociales en los siguientes casos: estipulación por parte de los administradores de préstamos o garantías personales utilizando la firma social; gasto de dinero contra la voluntad de los socios para favorecer una operación de préstamo que no reporta beneficios a la sociedad; empleo de fondos o créditos de la sociedad para financiar operaciones en las cuales los administradores tienen un interés personal.

⁷⁶²RODRIGUEZ MOURULLO: Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. cit. pág.683; del mismo autor: Aspectos penales de las crisis bancarias. cit. pág.294; en sentido semejante, vid. MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. pág.275; y TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.45.

gestores del Banco tenían confiada".

También conviene señalar la existencia de conductas como la del administrador que vende un bien a la sociedad por un precio superior al valor real, o que compra a ésta mercancías o bienes por un precio que no cubre el coste, notoriamente inferior al real, o bien se hace retribuir excesivamente por la sociedad la realización de determinados informes u operaciones⁷⁶³. En estos y otros supuestos semejantes la sociedad contrata con el administrador "por ser vos quien sois", teniendo en cuenta su condición de administrador y en condiciones ajenas a las que habrían resultado en una situación natural de mercado. No es posible afirmar que el administrador se apropia del dinero que hace desembolsar a la sociedad o bien que le debería por la compra de mercancía a precio inferior al real. Se trata sin duda de usos o empleos del patrimonio social en violación de los deberes propios del cargo; pero desde el momento en que el administrador entra en una relación contractual con la sociedad no se comporta como propietario con respecto a los bienes sociales, antes bien, reconoce y respeta el dominio de la sociedad, con lo cual no sería aplicable el delito de apropiación indebida⁷⁶⁴. Y lo mismo cabe decir de otros casos en los que el administrador no obra en beneficio propio, sino con el fin de favorecer a un tercero. Pensemos en la firma, gracias a los "buenos oficios" del administrador infiel, de un contrato gravemente desventajoso para la sociedad que favorece a un tercero, o la compra a precio excesivo de un

⁷⁶³Vid. TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. págs.322 y siguientes, quien pone de manifiesto que incluso existen dificultades para considerar tales conductas como constitutivas de un delito de *Untreue*. Vid. también BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. pág.386.

⁷⁶⁴Cfr. PEDRAZZI: *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*. cit. pág.548. En el mismo sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. pág.387.

material que podría haber sido aportado por otros proveedores⁷⁶⁵. Bastan estos ejemplos para demostrar que los administradores pueden enriquecerse y enriquecer a terceros a costa del patrimonio social sin necesidad de disponer del mismo como propietarios, esto es, sin efectuar actos de apropiación en el sentido que se da a esta expresión en el delito de apropiación indebida⁷⁶⁶.

Por otra parte, pretender incluir el llamado "negocio de riesgo" (*Risikogeschaft*) en la apropiación indebida "es un empeño llamado de antemano al fracaso"⁷⁶⁷. El negocio de riesgo se caracteriza por comprometer el crédito de la sociedad en operaciones en las que el riesgo de un resultado perjudicial es de tal grado que se hace intolerable desde el punto de vista de los intereses de la entidad mercantil. Para determinar la frontera de lo delictivo habrá que tener en cuenta, como hemos tenido ocasión de comprobar, no tanto el nivel de riesgo inherente al negocio, la categoría de los intereses afectados o el propio montante de la operación⁷⁶⁸, cuanto la existencia de un consentimiento presunto o real del sujeto pasivo⁷⁶⁹.

Se trata de supuestos en los que no existe un acto de

⁷⁶⁵Recoge este supuesto BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. pág.386.

⁷⁶⁶PEDRAZZI: *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*. cit. pág.550. Vid. también VELASCO SAN PEDRO: *Acciones propias e igualdad de los accionistas*. cit. págs.26.

⁷⁶⁷SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginal 908.

⁷⁶⁸Cfr. SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginal 909.

⁷⁶⁹Cfr. BRINGEWAT, P.: *Finanzmanipulation im Ligafußball - ein Risikogeschaft?*. "JZ" 1977, pág.669; HILLENKAMP, T.: *Risikogeschaft und Untreue*. "NSTZ" 1981, págs.165 y siguientes; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.7 (pág.1125); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.507.

disposición objetivamente idóneo para lesionar el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, esto es, los derechos de propiedad y de crédito⁷⁷⁰: no aparece en la dinámica comisiva un acto de disposición de la cosa como propia de modo que implique incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver, constitutivo del comportamiento típico en la apropiación indebida⁷⁷¹. Son, pues, casos en los que no cabe hablar de actos ejecutivos, ni de formas imperfectas de ejecución de la apropiación indebida⁷⁷², sino de simples actos preparatorios impunes, incluso adoptando la interpretación extensiva que utiliza la jurisprudencia, en virtud de la cual se incluyen en el tipo los casos de "asunción de facultades de disposición que sólo al dueño competen" aunque no exista apropiación.

La esencia del delito de apropiación indebida reside en la conjunción de la apropiación en sentido estricto⁷⁷³ y la

⁷⁷⁰Sobre el bien jurídico en el delito de apropiación indebida, vid. ampliamente DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. págs.53 y siguientes; BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.415 y siguiente; MANJON-CABEZA OLMEDA: **Nuevo enfoque de la apropiación indebida**. cit. págs.221 y siguientes y 224.

⁷⁷¹Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.418.

⁷⁷²Cfr. MARTINEZ PEREZ: **El delito societario de administración fraudulenta**. cit. págs.316 y siguiente, quien afirma que la jurisprudencia dominante niega la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución de la apropiación indebida.

⁷⁷³La apropiación en sentido estricto hace referencia al aspecto positivo del resultado típico apropiación. Para que este elemento concurra es suficiente la utilización temporal de la cosa, siempre que con ella se pretenda una incorporación siquiera momentánea al patrimonio del sujeto activo. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.147. Vid. en este sentido, exigiendo en el delito de apropiación indebida la "intención o propósito de incorporación al patrimonio propio de lo que consta es ajeno", la STS 4 julio 1980 (Ar. 3125).

expropiación⁷⁷⁴, de forma que el menoscabo sufrido por el sujeto pasivo, en cuanto lesión de sus derechos de propiedad o de crédito, ha de tener relación con la ventaja que el sujeto activo obtiene con la apropiación del objeto ajeno. La apropiación permite diferenciar este delito de los de daños; la expropiación, de los usos indebidos o ilícitos⁷⁷⁵. Determinante en este sentido es que la expropiación sea definitiva, pudiendo ser la apropiación en sentido estricto temporal: si se produce la lesión de la propiedad desde la perspectiva funcional, aunque la privación sea temporal, debe entenderse consumado el delito⁷⁷⁶.

Por tanto, si el administrador dispone de las cosas muebles como propias y de un modo que implique el incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver, existirá delito de apropiación indebida, puesto que se lesionan los derechos de propiedad o de crédito, éste último en el caso de objetos fungibles. Por el contrario, si el administrador dispone de las cosas muebles de un modo diferente, que no implique una atribución de dominio

⁷⁷⁴Vid. ZUGALDIA ESPINAR: **Delitos contra la propiedad y el patrimonio**. I. 1988, cit. págs.71 y siguiente, y la bibliografía en lengua alemana que menciona. Este componente negativo de la apropiación indebida plantea numerosas dificultades a la hora de su interpretación. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.148, siguiendo la doctrina alemana mayoritaria, lo define como la "privación definitiva o duradera al sujeto pasivo de las facultades que se derivan de su condición de propietario".

⁷⁷⁵Cfr. ZUGALDIA ESPINAR: **Delitos contra la propiedad y el patrimonio**. I. 1988, cit. págs.71 y siguiente. Vid. la STS 9 mayo 1994 (Ar. 5311), que explicita que "la línea diferencial entre un incumplimiento contractual y el delito del artículo 535 del Código Penal radica en que en el primer supuesto no existe voluntad apropiativa, sino sólo un retraso o imposibilidad transitoria, mientras que en el delito existe un propósito de hacer suya la cosa o dinero para incorporarlos a su patrimonio". En el mismo sentido, la STS 26 octubre 1992 (Ar. 8521).

⁷⁷⁶Vid. ampliamente, sobre el concepto de apropiación, ZUGALDIA ESPINAR: **Delitos contra la propiedad y el patrimonio**. I. 1988, cit. págs.72 y siguientes.

definitiva, no concurrirán los presupuestos de la apropiación indebida⁷⁷⁷, pero sí podría existir el delito societario de administración fraudulenta.

La jurisprudencia tiende a excluir del ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida ciertos supuestos, principalmente el préstamo mutuo y el depósito irregular, en los que el dinero constituye el objeto material del delito, y ello porque se entiende que pasa al dominio del que lo recibe⁷⁷⁸. Se afirma que "cuando el título sea de los

⁷⁷⁷Cfr. MARTINEZ PEREZ: **El delito societario de administración fraudulenta**. cit. pág.324. Señala ZUGALDIA ESPINAR: **Delitos contra la propiedad y el patrimonio**. I. cit. pág.82, que si se define la distracción como una disposición de la cosa de forma distinta a como se debía, dándole una inversión no autorizada, se muestra como una auténtica modalidad de apropiación y no como un mero uso distinto del pactado. En sentido similar, vid. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. págs.186 y siguiente; FERRER SAMA: **Apropiación indebida**. cit. págs.768 y siguientes; QUINTANO RIPOLLES: **Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal**. II. 1977, cit. págs.885 y siguientes; SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A.: **El delito de apropiación indebida**. Barcelona, 1978, págs.70 y siguientes.

Sobre las relaciones entre el delito de *Untreue* y la apropiación indebida en el Derecho penal alemán, vid. por todos LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.23 (pág.1131); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: **Strafrecht**. BT. I. 1988, cit. págs.495 y siguiente, Rn.4, quienes puntualizan expresamente que la apropiación no es una característica del delito de infidelidad patrimonial.

⁷⁷⁸Así, RODRIGUEZ MOURULLO: **Aspectos penales de las crisis bancarias**. cit. págs.289 y siguientes, recuerda la tesis jurisprudencial conforme a la cual se desestima la aplicación del delito del artículo 535 en los casos de préstamo de mutuo (artículo 1735 del C.c.), en el que el Tribunal Supremo incluye el supuesto de depósito irregular (artículo 309 del C.Co.), hipótesis en las cuales la entrega de dinero comporta la transmisión de la propiedad, recibida además por el mutuuario con una disponibilidad absoluta. Cfr. por ejemplo la STS 4 julio 1980 (Ar. 3125). Vid. sobre esta cuestión, entre otros, RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.409; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: **Protección penal del crédito**. "PJ" núm. especial IX, cit. págs.190 y siguiente; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.964. En sentido crítico, señalando que no se entiende por qué el préstamo mutuo y el depósito

que no sólo transmiten la posesión legítima sino que trasladan también el dominio de las cosas muebles entregadas, su ineptitud para generar la infracción estudiada es patente e indiscutible; entre tales títulos se encuentra el préstamo mutuo o de consumo"⁷⁷⁹. Esta afirmación es relativizada en la práctica jurisprudencial, en la cual se comprueba que el TS ha sancionado repetidamente disposiciones ilícitas de una suma de

irregular quedan excluidos de la apropiación indebida mientras la comisión, administración, sociedad, etc., relativas a dinero, pueden constituir ese delito, BAJO FERNANDEZ, M.: **Protección penal del crédito**. "PJ" núm. especial IX, cit. pág.190; MANJON-CABEZA OLMEDA: **Nuevo enfoque de la apropiación indebida**. cit. págs.114 y siguientes, quien entiende que se descartan de la apropiación indebida aquellas obligaciones de devolver en las que el sujeto tiene una disponibilidad plena que le permite ejercitar todas las facultades inherentes al dominio, por no existir limitación de la disponibilidad ni destino impuesto, mientras que sólo aquellas obligaciones de devolver que integran relaciones que no permiten actos de señorío pueden dar lugar al delito de apropiación indebida.

La postura jurisprudencial supone que el dinero se entrega no como cosa específica y determinada (metido en una caja, billetes numerados, dinero que se encuentra en el domicilio de un difunto, etc.), sino como cosa genérica, adquiriendo el cedente un simple derecho de crédito, lo que, por otro lado, es el caso habitual. El carácter "superfungible" del dinero supone que en todos los supuestos en que se produce una recepción de dinero por parte de un sujeto, éste deviene propietario del mismo, lo que impide que pueda lesionar la propiedad ajena en relación a dicho dinero, aun cuando vulnere las obligaciones con motivo de las cuales éste le fue entregado. El entendimiento de que el delito de apropiación indebida también protege el derecho de crédito en determinados casos permite incluir estos supuestos dentro de la apropiación indebida. Cfr. BAJO FERNANDEZ: op. cit. págs.189 y siguiente; DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.536.

⁷⁷⁹STS de 9 febrero 1984 (Ar. 743). Del mismo modo, la STS de 6 julio 1984 (Ar. 3826) pone de relieve que la apropiación indebida "no puede comprender títulos traslativos de la propiedad como el mutuo, ya que el prestatario no está obligado a conservar la cosa y a devolverla". Vid. las interesantes puntualizaciones que efectúa la STS 23 junio 1973 (Ar. 2896), la cual señala que "no puede calificarse como tales negocios (depósito irregular y préstamo mutuo), la entrega de dinero que hacen a tales Bancos los depositarios o cuentacorrentistas...".

dinero, apelando al carácter definitivo de la apropiación⁷⁸⁰, pero incriminando en realidad únicamente los supuestos de imposibilidad de devolución de las sumas de las cuales se ha dispuesto indebidamente⁷⁸¹, con lo cual se afirma la tipicidad de la apropiación temporal de dinero, pero sólo en los casos en que el sujeto activo devenga insolvente⁷⁸². Ahora bien, no se puede olvidar, como señalan BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO⁷⁸³, que si en otros Ordenamientos existen disposiciones específicas sobre delitos societarios y sobre el abuso de confianza, a las que es posible reconducir los comportamientos ilícitos cometidos por los Bancos en relación con el depósito irregular en cuenta corriente, no ocurre lo mismo en nuestro Ordenamiento jurídico-penal, "produciéndose

⁷⁸⁰Se entiende, correctamente, que el quebranto de la prohibición de disposición del dinero, en sí mismo, no es dato suficiente para calificar como apropiación la conducta del sujeto activo, sino únicamente en cuanto de esa disposición se derive la expropiación del sujeto pasivo o la pérdida definitiva de su función asociada al derecho de crédito del sujeto pasivo. Todo otro uso abusivo, a pesar del posible beneficio que de él haya podido obtener el sujeto activo, será irrelevante a los efectos del delito de apropiación indebida. Cfr. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. págs.188 y 538.

⁷⁸¹En los supuestos en los que un sujeto recibe una cantidad de dinero en virtud de una relación obligacional no transmisiva de la propiedad, aun cuando devenga propietario del dinero que recibe por la especial naturaleza fungible de éste, incurrirá en un delito de apropiación indebida si incumple la obligación de devolución o entrega. Cfr. BAJO FERNANDEZ: **Protección penal del crédito**. cit. pág.191; DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.536.

⁷⁸²A favor de esta postura, vid. FERRER SAMA: **El delito de apropiación indebida**. cit. pág.27. En contra, SAINZ-PARDO CASANOVA: **El delito de apropiación indebida**. cit. págs.75 y siguientes, por considerar que el diferente tratamiento del supuesto en atención a la disponibilidad de fondos del disponente representa un rechazable privilegio en favor de los solventes. En el mismo sentido, vid. TORIO LOPEZ: **El deber objetivo de cuidado**. "ADPCP" 1974, pág.40.

⁷⁸³Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.428 y siguiente.

una laguna de punición político-criminalmente inaceptable" que obliga a estas interpretaciones extensivas por parte de la jurisprudencia. Por otra parte, la distracción de dinero, en cuanto apropiación de carácter transitorio, sólo es típica en nuestro Código penal en relación al delito de malversación de caudales públicos, por la tipificación expresa que se realiza en el artículo 396.

Por otro lado, y abundando en el mismo argumento, en algunos casos las características objetivas del acto de apropiación pueden no ser suficientes para distinguir la apropiación indebida de los usos ilícitos compatibles con la obligación de entrega o devolución. El hecho, desde el punto de vista objetivo de la dinámica externa desplegada por el sujeto activo, puede ser altamente equívoco, por lo que se hace necesario, según parte de la doctrina, acudir al elemento subjetivo. Y es que en no pocos casos de administración social fraudulenta, aun existiendo acto de disposición, faltará el *animus rem sibi habendi*, es decir, el ánimo de haber la cosa como propia, excluyendo al titular del disfrute de su derecho de propiedad de una manera definitiva, exigido por un sector doctrinal como elemento subjetivo del injusto en el delito de apropiación indebida⁷⁸⁴ y considerado por otros autores, a los que nos adherimos, como equivalente al dolo⁷⁸⁵. El dolo en el

⁷⁸⁴Doctrina dominante desde BINDING, K.: *Lehrbuch des Gem. Deut. Strafrechts*. BT, 1, 2ª ed., 1902, págs.268 y siguientes. Como señalan MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.496, Rn.4, la *Untreue* no requiere en el autor el ánimo de apropiación. Vid. sobre el tipo subjetivo en la *Untreue*, MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.283. Ampliamente sobre el aspecto subjetivo en el delito de apropiación indebida, vid. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. págs.237 y siguientes.

⁷⁸⁵Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.418 y 430 y siguiente; DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. págs.264 y siguiente. Vid. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993,

delito de apropiación indebida exige, por tanto, que el autor conozca y quiera tomar o quedarse una cosa mueble ajena, pretendiendo con ello expropiársela a su legítimo titular con carácter permanente y apropiársela de modo al menos temporal, sin ser suficiente la mera pretensión de obtener un provecho derivado de su utilización ni la de causar un perjuicio⁷⁸⁶. Ello supondrá que cuando el administrador reconoce y respeta la ajenidad de la cosa⁷⁸⁷ no sea posible apreciar el delito de apropiación indebida, aun afirmando la imputación objetiva⁷⁸⁸.

Ahora bien, la confirmación de la presencia de la apropiación típica debe realizarse mediante el conocimiento del resultado pretendido. Ha de ser este elemento típico y no tanto la motivación interna del sujeto activo el que determine la existencia del delito de apropiación indebida⁷⁸⁹, y ello puesto que lo definitivo es lo que objetivamente se ha producido, esto es, si la conducta del sujeto activo, a pesar de lo que éste manifieste, conlleva necesariamente una expropiación, si es idónea para lesionar la propiedad⁷⁹⁰. El

cit. págs.968 y siguiente, quien diferencia en el ánimo de lucro dos momentos: el propósito de disponer, que conceptúa como elemento subjetivo del injusto, y el ánimo de enriquecimiento, que integra el dolo del delito de apropiación indebida.

⁷⁸⁶Cfr. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. págs.264 y siguiente.

⁷⁸⁷Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E.: **El animus rem sibi habendi en el delito del artículo 163 del Código penal argentino**. "REP" núm.189, 1970, págs.514 y siguiente; BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.418.

⁷⁸⁸Cfr. MARTINEZ PEREZ: **El delito societario de administración fraudulenta**. cit. pág.317, nota núm.140. En este sentido, vid. asimismo la STS 4 julio 1980 (Ar. 3125).

⁷⁸⁹Cfr. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.265.

⁷⁹⁰Vid. ZUGALDIA ESPINAR: **Delitos contra la propiedad y el patrimonio**. I. 1988, cit. pág.82, quien, aunque afirma que el elemento diferenciador esencial es el de la intención del sujeto

resultado de la expropiación se identifica con el contenido del perjuicio al que se refiere el tipo de la apropiación indebida, perjuicio que no puede concebirse como elemento típico autónomo y ajeno al concepto de apropiación, ya que no aporta nada que no requiera ya la propia apropiación típica⁷⁹¹. La apropiación, en cuanto resultado típico del delito de apropiación indebida, es un elemento normativo del tipo que posee una función autónoma especialmente importante para la captación del contenido de injusto de este delito⁷⁹², reflejando el proceso de incorporación patrimonial al ámbito de dominio del sujeto activo. No cabe duda que habrá que recurrir en algún caso al elemento subjetivo del tipo para constatar la tipicidad de una conducta poco definida en su aspecto objetivo, pero siempre desde la perspectiva del concepto de apropiación y no desde la del ánimo del sujeto, el cual, a efectos de la confirmación de la apropiación es irrelevante cuando ésta aparece objetivamente afirmada en todos sus contornos⁷⁹³.

En suma, el delito de apropiación indebida se muestra ineficaz en relación a las conductas de administración social fraudulenta puesto que se limita a castigar los supuestos en los que el abuso determine una ilícita apropiación de la cosa por el sujeto activo, que puede ser temporal, y la correlativa

de apropiarse de la cosa privando al legítimo propietario (expropiación) de sus facultades dominicales, destaca que esta intención debe manifestarse mediante actos concluyentes, ocultando, apropiándose o distrayendo el objeto, entendiéndose además decisivo determinar qué actos se considerarán concluyentes respecto de dicha voluntad de apropiación.

⁷⁹¹Cfr. DE LA MATA BARRANCO: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. cit. págs.190 y siguiente.

⁷⁹²Cfr. DE LA MATA BARRANCO: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. cit. pág.128.

⁷⁹³DE LA MATA BARRANCO: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. cit. pág.185.

expropiación del propietario con carácter definitivo⁷⁹⁴. Quedan al margen del Derecho penal, salvo las excepciones legales reconocidas, todo tipo de comportamientos de carácter irregular que no impliquen una apropiación⁷⁹⁵.

Este aspecto nos permite abordar una de las cuestiones centrales de la administración social fraudulenta, como es la necesidad de que la intervención penal se proyecte no solamente sobre las acciones que causen un daño efectivo al bien jurídico tutelado, sino también sobre las hipótesis en las que concurra ya un peligro concreto para el mismo⁷⁹⁶. La anticipación de la tutela penal permitiría, según gran parte de la doctrina, evitar la ineficacia crónica de los instrumentos represivos de la delincuencia societaria⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴Cfr. ZUGALDIA ESPINAR: Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. 1988, cit. pág.83. Vid. también MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.313 y siguientes; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.962.

⁷⁹⁵Cfr. DE LA MATA BARRANCO: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. cit. pág.185.

⁷⁹⁶Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.315 y siguientes; MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.119, nota núm.23; STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. págs.63 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. págs.860 y siguiente; del mismo autor: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.103. Sobre los problemas que origina la opción de la legislación penal societaria italiana por el "pericolo presunto" en la tipificación de los delitos societarios destinados a la tutela del patrimonio social, vid. NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. pág.14, y bibliografía mencionada en la nota núm.43. En cuanto a la exigencia de que en el delito de Untreue la puesta en peligro del patrimonio tenga un carácter concreto, vid. por todos LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (pág.1129).

⁷⁹⁷En el Derecho comparado se oscila entre dos polos: configurar el delito como un tipo de daño o de peligro, sea éste abstracto o concreto. En efecto, si por un lado se señala que la inaplicación crónica de esta figura delictiva se debe principalmente a la excesiva cautela del legislador a la hora de adoptar técnicas de tutela avanzada del patrimonio (cfr. LOT, U./

En la apropiación indebida tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias exigen como resultado estructural del delito la causación de un perjuicio al sujeto pasivo⁷⁹⁸. Dicho perjuicio típico consiste, según VIVES ANTON, en la pérdida por el dueño del valor económico de la cosa, que tiene como necesaria contrapartida el enriquecimiento del autor o de un tercero por la incorporación a su patrimonio de ese valor⁷⁹⁹. De modo similar, MUÑOZ CONDE señala que el resultado

SENA, G.: *Premessa di diritto privato*. en NUVOLONE, P. (dir.): *Il diritto penale delle società commerciali*. cit. pág.9), por otro un sector doctrinal exige que la intervención represiva no se anticipe en exceso a la efectiva verificación del resultado dañoso. Con esta división de opiniones se pone de manifiesto la difundida creencia acerca de la extrema dificultad de conjugar un riguroso respeto del principio de ofensividad con el logro de resultados en la lucha contra formas de criminalidad particularmente sofisticadas, como las que aparecen en el ámbito de la administración de sociedades mercantiles. Pese a las reservas doctrinales se observa en la mayoría de los Ordenamientos una tendencia a privilegiar los modelos de incriminación basados en el peligro abstracto, con el fin de satisfacer la exigencia primaria de eficacia de la tutela penal. Cfr. FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. pág.468; del mismo autor: *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori*. I. La problematica penalistica. "Giur. comm." 1987 I, pág.89.

⁷⁹⁸Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.316 y siguiente, nota núm.140; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.298; QUINTANAR DIEZ: *Sobre el <<título>> y la <<apropiación>> en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal*. cit. pág.299; QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. II. 1977, cit. págs.893 y 900; RODRIGUEZ DEVEESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.410. Vid., entre otras, las SSTs 27 junio 1975 (Ar. 3023 y 3027), 14 enero 1976 (Ar. 87), 4 julio 1980 (Ar. 3125), 20 enero 1984 (Ar. 367), 20 diciembre 1985 (Ar. 6357), 12 noviembre 1990 (Ar. 8879), 12 diciembre 1991 (Ar. 9295).

⁷⁹⁹Cfr. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.969. Vid. no obstante, la doctrina alemana en torno al delito de *Untreue*, la cual mayoritariamente sostiene que el peligro para el patrimonio puede ser un perjuicio en el sentido exigido por el § 266 StGB. Por todos, DREHER/ TRÖNDLE: *StGB mit Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.16 (págs.1356 y siguiente).

que requiere el delito de apropiación indebida consiste en la misma apropiación, que se manifiesta en los actos de disposición o de negación de haber recibido la cosa apropiada y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce al sujeto pasivo, a pesar de lo cual, sin embargo, el delito no se consuma cuando no llegue a producirse un perjuicio patrimonial lesivo para dicho sujeto pasivo⁸⁰⁰. Esta tesis dominante es matizada en varios sentidos: en primer lugar, se considera que aunque se requiera un perjuicio como resultado típico de la acción de apropiación, la posterior aparición de la cosa apropiada, o su devolución por el sujeto activo, no impide la consumación del delito, puesto que con el acto dispositivo se ha lesionado el derecho de propiedad, causando con ello, aun en los supuestos citados, un perjuicio real, efectivo y evaluable económicamente⁸⁰¹; en segundo lugar, se señala que el resultado del perjuicio no debe confundirse con el incremento patrimonial que puede experimentar el sujeto activo en su patrimonio, incremento que no es un requisito típico de estos delitos.

No cabe duda que en ocasiones será muy problemático determinar cuándo estamos ante una apropiación y cuándo ante meros comportamientos irregulares, desleales, sin pretensión de incorporación patrimonial permanente⁸⁰². A semejanza de la doctrina alemana, no resta sino insistir en subrayar que la

⁸⁰⁰Cfr. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.298; QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. II. 1977, cit. págs.893 y siguientes.

⁸⁰¹Así, vid. SAINZ-PARDO CASANOVA: *El delito de apropiación indebida*. cit. págs.133 y siguiente.

⁸⁰²Vid., entre otros, los ejemplos a que aluden BOCKELMANN, P.: *Urteilsanmerkung zum Urteil vom BGH, JZ 1959, 492*. "JZ" 1959, págs.495 y siguientes; del mismo autor: *Strafrecht. BT/ 1 (Vermögensdelikte)*. 2. Aufl. München, 1982, pág.32; DREHER/TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 246, Rn.2 (pág.1215); ESER, A.: *Strafrecht IV. Schwerpunkt. Vermögensdelikte*. Juristischer Studienkurs. 4. Aufl. München, 1983, págs.27 y siguiente.

consumación de los delitos de apropiación sólo pueden afirmarse cuando el titular de los bienes administrados se vea privado de ellos, tal y como exige el propio concepto de apropiación⁸⁰³.

Así pues, no se sancionan en el delito de apropiación indebida los ataques constitutivos de mero riesgo⁸⁰⁴. Sin embargo, no siempre se materializará el perjuicio requerido por el tipo de la apropiación indebida en conductas como la de contraer obligaciones a cargo de los bienes, valores o capital administrados, sin olvidar que "en el ámbito financiero la complejidad de las relaciones y de las situaciones puede hacer extremadamente difícil la demostración de un daño efectivo"⁸⁰⁵. Como pone de relieve TERRADILLOS BASOCO⁸⁰⁶, en

⁸⁰³Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.534. Así, vid. por todos DREHER/TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 46. Aufl. 1993, cit. § 246, Rn.2 (pág.1415); OTTO, H.: *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*. Berlin, 1970, págs.193 y siguiente; RUß: *LX*. 11. Aufl. 1994, cit. § 246, Rn.2 y siguientes.

⁸⁰⁴Vid., entre otros, MANJON-CABEZA OLMEDA: *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*. cit. pág.189; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.298; QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. II. 1977, cit. pág.900; RODRIGUEZ DEVEZA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.410; SAINZ-PARDO CASANOVA: *El delito de apropiación indebida*. cit. pág.133.

En relación al delito de apropiación indebida, frente a la doctrina dominante, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. cit. págs.421 y siguientes, ha defendido la tesis de que a pesar de la expresa alusión del artículo 535 CP al perjuicio, este delito no exige la causación del mismo pues, si así fuera, la ley estaría requiriendo que el patrimonio del sujeto pasivo experimentara una disminución al modo de la estafa para poder afirmar la existencia del delito, lo cual implicaría mantener como bien jurídico del delito de apropiación indebida el patrimonio considerado en su conjunto y no el derecho de propiedad, posición que en su opinión no mantiene la doctrina. Afirma, además, la imposibilidad de admitir las formas imperfectas de ejecución, conceptuando la apropiación indebida, por tanto, como delito de mera actividad.

⁸⁰⁵PEDRAZZI: *El bien jurídico en los delitos socio-económicos*. cit. págs.295 y siguiente.

el seno de las grandes sociedades mercantiles, y especialmente de la anónima, la conducta delictiva de los administradores en detrimento de los socios (o, cabe añadir, de la sociedad) no tendrá incidencia penal, porque es posible que el perjuicio no aparezca con nitidez⁸⁰⁷, y porque, en cualquier caso, se intentará subsanar en vía civil, antes que aplicar la siempre traumática reacción penal⁸⁰⁸. No obstante ello, se trata de conductas que merecen ser sancionadas penalmente, puesto que ponen en grave peligro el patrimonio. Y si bien afirma MUÑOZ CONDE⁸⁰⁹ que "se produzca o no el perjuicio patrimonial, en el art. 535 caben también las formas imperfectas de ejecución y una de las formas de conducta típica en él incluidas es el uso irregular de los fondos depositados o dados para su administración, cuando dicha utilización excede del marco de

⁸⁰⁶TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.851.

⁸⁰⁷Se suele afirmar en la doctrina que ello se debe a que la relación bilateral que los tipos de apropiación indebida y estafa exigen no siempre queda clara entre administradores y socios o terceros. Vid. por ejemplo MOLINA BLAZQUEZ, C.: Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código Penal de 1992. "AP" 1994-1, marginal 261.

⁸⁰⁸Vid. supra.

La vía civil no está exenta de problemas. El campo de la administración social de entidades de crédito nos ofrece un interesante campo de estudio, puesto que el negocio crediticio reúne características peculiares que lo hacen especialmente sensible a los riesgos de una administración negligente o simplemente inexperta, como señala FANJUL DE ALCOCER: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias en España. cit. pág.138. En estos casos, la realidad pone de manifiesto que la acción social de responsabilidad contra los administradores no llega a ser ejercitada. Cuando existen graves irregularidades en la administración del Banco en crisis, las acciones que se ejercitan son las penales, si hay base suficiente para ello, y no las civiles. Y ello teniendo en cuenta que el protagonismo de los accionistas mayoritarios y de los dirigentes del órgano de gobierno de la entidad bancaria se dirige, con gran frecuencia, a eliminar cualquier posible exigencia de responsabilidad no ya únicamente penal, sino también civil o administrativa, desviando en su propio provecho cualquier operación de salvamento eventualmente planteada.

⁸⁰⁹MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.118, en nota núm.21.

lo que corresponde a los títulos de depósito y administración y se hace con ánimo de lucro", ello no es óbice para proceder a ese mismo adelantamiento de la línea de protección del bien jurídico penalmente protegido mediante la creación de tentativas autónomamente tipificadas⁸¹⁰, sin esperar a que conductas de tal gravedad lesionen sin remedio el patrimonio, sea éste de la sociedad o individual. Y es que ni la jurisprudencia ni la doctrina penal han llegado a un acuerdo definitivo en torno a las debatidas cuestiones relativas tanto a la necesidad o no de que concurra un perjuicio patrimonial para la consumación del delito de apropiación indebida, como a la admisibilidad en este delito de las formas imperfectas de ejecución⁸¹¹. Según algunos autores, si se entiende que la apropiación indebida es un delito de mera actividad que se consuma por la simple realización del acto dispositivo, no cabe admitir las formas imperfectas de ejecución⁸¹², tema que se presta a discusiones al menos en cuanto a la tentativa se refiere. Ya hemos tenido ocasión de adelantar que la doctrina mayoritaria exige como resultado del delito un perjuicio causado al sujeto pasivo, consistente en la pérdida por parte

⁸¹⁰Vid., en contra de las tentativas autónomamente tipificadas, por todos, STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. págs.152 y siguientes; GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*. cit. págs.468 y siguiente.

⁸¹¹Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.421 y siguientes MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.315 y siguientes. Vid. sobre las oscilaciones de la posición jurisprudencial acerca de la admisión de las formas imperfectas de ejecución en la apropiación indebida, QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. II. cit. págs.893 y siguiente. Ha admitido la frustración, por ejemplo, la STS 6 octubre 1976 (Ar. 3911).

⁸¹²Vid., entre otros, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.421; SAINZ-PARDO CASANOVA: *El delito de apropiación indebida*. cit. págs.156 y siguientes.

del dueño del valor económico de la cosa, lo que da lugar a la admisión de las formas imperfectas de ejecución⁸¹³.

Asimismo, es preferible una orientación hacia la tutela de los intereses "internos"⁸¹⁴. En este sentido, se puede tomar como modelo inicial de criminalización el tipo de la ruptura de la fidelidad o de la deslealtad (*Treubruchtatbestand*) del delito de *Untreue*. A diferencia del tipo de abuso de la fidelidad (*Mißbrauchtatbestand*), que tutela el patrimonio frente a los ataques que se derivan del otorgamiento de facultades de disposición en la esfera externa de la relación intersubjetiva, puesto que castiga el abuso de la facultad de disponer del patrimonio ajeno o de contraer obligaciones en nombre de otro, el tipo de la deslealtad preserva el patrimonio ante las agresiones que se producen en

⁸¹³En este sentido, vid., entre otros, FERRER SAMA: El delito de apropiación indebida. cit. pág.35; GONZALEZ RUS: II. Delitos contra la propiedad. 1992, cit. págs.311 y siguientes; QUINTANO RIPOLLES: Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. II. 1977, cit. págs.893 y siguiente y 900; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: Derecho Penal Español. Parte Especial. 1994, cit. pág.410; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.969. Vid. también MUÑOZ CONDE: Derecho Penal. Parte Especial. 1991, cit. pág.298, quien, no obstante, reconoce que en la práctica sólo se presentan casos de apropiación indebida en grado de consumación, porque normalmente la apropiación supone casi siempre el perjuicio y sólo cuando éste se produce se presentan las correspondientes querellas.

⁸¹⁴En este sentido se ha orientado también la legislación italiana. Cfr. NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. págs.1 y siguiente. Vid. asimismo ALESSANDRI: I reati societari. cit. pág.490; FOFFANI: Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>. cit. pág.468; MAZZACUVA, N.: Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario. en NEPPI MODONA y otros: Materiali per una riforma del sistema penale. cit. págs.113 y siguiente; del mismo autor: Problemi attuali di Diritto penale societario. cit. págs.10 y siguiente, y 25; ROMANO, M.: Pubblico e privato nella responsabilità degli amministratori e reati societari. Milano, 1987, págs.147 y siguiente.

la esfera interna⁸¹⁵.

Por otra parte, el delito societario de administración fraudulenta debe orientarse en la dirección clásica seguida por el Derecho penal comparado, y especialmente por el alemán⁸¹⁶, en el sentido de que el desvalor de acción se ha de centrar en la infracción por parte del administrador de los deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en su relación con la sociedad y los socios⁸¹⁷, especialmente si el delito se configura de peligro⁸¹⁸. Estos deberes del administrador, establecidos y regulados por normas legales y reglamentarias en el ámbito societario, se concretan fundamentalmente en la obligación de custodiar los intereses patrimoniales de la

⁸¹⁵Vid. por todos LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.5 (pág.1124); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.2 (págs.1973 y siguiente). También la tipificación del delito de abuso de facultades jurídico-sociales (*Mißbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse*), contenido en el artículo 183 del Proyecto Alternativo alemán, pretendía otorgar protección a las sociedades frente a las agresiones provenientes de su esfera interna, al castigar conductas llevadas a cabo por personas que ostentan facultades de representación dentro de la propia sociedad, siempre que tales conductas pusieran en peligro la integridad del patrimonio social.

⁸¹⁶Vid. el parágrafo 266 StGB y el artículo 183 P.A. alemán. En la doctrina, por todos, LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.2 (pág.1293), Rn.6 (pág.1296), y Rn.15 (pág.1301); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1*. 1988, cit. pág.497, Rn.11; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II. BT. 5*. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.13 y Rn.20 y siguientes; TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. págs.325 y siguiente.

⁸¹⁷En este sentido, cfr. NAPOLEONI: *I reati societari. II*. cit. págs.3 y siguiente. Vid. también FOFFANI: *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. I*. cit. pág.91.

⁸¹⁸Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.336.

sociedad e, indirectamente, de los socios⁸¹⁹. La contrariedad al deber se configuraría, pues, como un elemento esencial del tipo de administración social fraudulenta.

Según MARTINEZ PEREZ⁸²⁰, el delito societario de administración fraudulenta debería entonces ser configurado como perteneciente a la categoría de los llamados "delitos que consisten en la infracción de un deber", puntualizando que la adición de la exigencia de la causación del peligro para el patrimonio (o, en su caso, la efectiva lesión) contribuiría a constituir el injusto de la administración desleal, aportando el desvalor de resultado y eliminando el riesgo, apuntado por TERRADILLOS BASOCO⁸²¹, de "llegar a la punición de meras infracciones formales". Con ello el contenido de injusto de la administración fraudulenta no se agotaría exclusivamente en la mera infracción del deber extrapenal. Como ya señalaba en su día GIMBERNAT⁸²², en la formulación de la citada categoría de delitos realizada por ROXIN se incluía el delito de infidelidad patrimonial del parágrafo 266 StGB. Como sabemos, en esta

⁸¹⁹Cfr. NUVOLONE: *Voz Infedeltà patrimoniale*. cit. pág.446. La doctrina alemana admite el tipo de la deslealtad o ruptura de la fidelidad únicamente cuando el deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos representa el contenido típico y esencial de la relación de fidelidad de que se trate, con lo cual se pretende llevar a cabo una interpretación restrictiva que lo adecue al principio de taxatividad y elimine el riesgo de inconstitucionalidad. Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.4 (págs.1123 y siguiente) y Rn.11 (pág.1126); MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.273 y siguiente. Vid. también SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II. BT. 5*. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.20 y siguientes, especialmente 23.

⁸²⁰Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.336 y siguiente, nota núm.174. Ampliamente, vid. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pag.500, Rn.21.

⁸²¹TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.95 y siguiente.

⁸²²Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*. Madrid, 1966, pág.263.

categoría delictiva el concepto de autor es completamente distinto del que rige para los restantes delitos. El que infringe el deber es autor sea cual sea su contribución al delito, mientras que el que no infringe el deber no es autor ni aun cuando tenga el dominio del hecho⁸²³.

Corresponde, en fin, al delito de administración social fraudulenta en el sistema de los delitos patrimoniales asegurar la protección del bien jurídico patrimonio frente a una forma determinada de ataque, representada por la infracción de los deberes de lealtad y fidelidad que afectan a los administradores en su relación con la sociedad y los socios⁸²⁴. Ahora bien, en este forzoso grado de indeterminación del primer elemento del desvalor de la acción, la infracción de deberes, reside una de las más notables especificidades de la administración social fraudulenta: su aparente contraste con el principio de legalidad⁸²⁵. La

⁸²³Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. págs.264 y siguiente. Críticamente, vid. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.500, Rn.21. Sobre esta categoría de delitos, vid. ampliamente BLOY, R.: *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin, 1985, págs.229 y siguientes, e *infra*, en sede de autoría y participación.

⁸²⁴Vid. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.270 y siguiente; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.495, Rn.1; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II*. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.1. Vid. también TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. págs.325 y siguiente, quien ejemplifica la necesidad de que se infrinjan esos deberes en concreto señalando que "si el miembro del consejo de vigilancia penetra como un vulgar desvalijador nocturno en la oficina y roba la propiedad de la empresa" no comete el delito de *Untreue*.

⁸²⁵Con respecto a este tema destaca JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.115, que, a diferencia de la versión primitiva del tipo de la deslealtad o ruptura de la fidelidad en la *Untreue*, la redacción otorgada a este delito en 1933 constituye un claro ejemplo de "peligrosa cláusula general" que cercena la seguridad jurídica. Un sector de la doctrina alemana ha llegado a poner en duda su constitucionalidad (así, por todos, OTTO: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*. 1991, cit. pág.238, y bibliografía allí citada), señalándose en

descripción exhaustiva de las infracciones de deberes típicas no se considera político-criminalmente deseable. La indeterminación que comporta una cláusula descriptiva de alcance general sólo se estima soportable desde el punto de vista de la legalidad formal si, como hemos visto, a la infracción de deberes se suman otros elementos capaces de dotar de un nivel suficiente de concreción típica al desvalor de acción.

En otro orden de cosas, merece una reflexión detenida el análisis de las relaciones que pudieran establecerse entre el delito de apropiación indebida por un lado, y el delito societario de administración fraudulenta configurado como delito de peligro para el patrimonio por otro. En este análisis es de gran interés la experiencia alemana, altamente ilustrativa de la complejidad del problema⁸²⁶.

La doctrina afirma la "perfecta compatibilidad" que en algunos casos puede existir entre el delito de apropiación

general que debe efectuarse una interpretación restrictiva del tipo. Cfr. SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl.* 1993, cit. § 266, Rn.2. Señala también este problema del modelo alemán BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. págs.392 y siguientes.

Por su parte, SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginal 909, destaca que "el problema central de la aplicación de los referidos tipos sería en España, como en el resto de países, el de la determinación de dónde radica la frontera de la deslealtad..., sobre todo cuando resulta que la realización de operaciones relativamente arriesgadas es, en cierto modo, consustancial a la actividad empresarial".

⁸²⁶Las relaciones entre los delitos contenidos en los parágrafos 246 (apropiación indebida) y 266 (*Untreue*) StGB han sido tradicionalmente objeto de controversia en la doctrina y jurisprudencia alemanas. Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 246, Rn.24 (pág.1223) y § 266, Rn.29 (pág.1361); HÜBNER: *StGB. LK.* 1988, cit. § 266, Rn.109; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.55 (pág.1992).

indebida y el delito societario de administración fraudulenta⁸²⁷. En este sector de la delincuencia existen conductas que se componen de una diversidad de acciones y/ u omisiones que vulneran bienes jurídicos diferentes, a veces incluso con sujetos pasivos también distintos, y que, por ello, no pueden ser sancionados tan solo con la pena prevista para la apropiación indebida⁸²⁸ o para la administración social fraudulenta, aisladamente considerados. No existirá entonces, ningún obstáculo para que el delito societario pueda ser apreciado conjuntamente con el delito de apropiación indebida, según las reglas del concurso de delitos. Como señala MARTINEZ PEREZ, "esto último podría acontecer, desde luego, en el supuesto (analizado por doctrina y jurisprudencia alemanas) de que la idea de la apropiación indebida surja con posterioridad a la consumación del delito de administración desleal"⁸²⁹. Aun en un supuesto de acciones simultáneas, las relaciones entre ambos delitos se resolverían a favor del concurso real de

⁸²⁷Vid. por ejemplo DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: Los delitos societarios en la reforma penal proyectada. cit. pág.162; MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.317 y 325 y siguientes; MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.116; del mismo autor: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. pág.274; SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas. cit. marginales 397 y siguiente.

⁸²⁸Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.317.

⁸²⁹MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.347. En este mismo sentido se ha manifestado la doctrina alemana, que aprecia un concurso real de delitos en el supuesto de que el dolo típico de la apropiación surja con posterioridad a la consumación de la *Untreue*. Cfr. HÜBNER: StGB. LK. 1988, cit. § 266, Rn.109; LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.23 (pág.1131); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.55 (pág.1992). La jurisprudencia, no obstante, ha recurrido en ocasiones al concurso ideal, admitido también por un sector doctrinal. Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: StGB und Nebengesetze. 47. Aufl. 1995, cit. § 246, Rn.24 (pág.1223), y § 266, Rn.29 (pág.1361); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: Strafrecht. BT. 1. 1988, cit. pág.509, Rn.56.

delitos cuando el comportamiento del administrador desleal realice el tipo de la apropiación indebida con relación a los bienes de los sujetos pasivos y, paralelamente, ponga en peligro o lesione el patrimonio de otros sujetos⁸³⁰. En otros casos el conflicto se resolvería con las reglas del concurso de leyes, bien sobre la idea del acompañamiento típico normal⁸³¹, bien sobre la de los actos copenados⁸³², aunque no siempre ni necesariamente en favor del delito de apropiación indebida⁸³³.

Dejando el tema de la apropiación indebida, la doctrina ha señalado cómo el recurso a la estafa aparece también como el expediente más indicado para la represión de ciertos delitos societarios que, morfológicamente, se le asemejan. Sin embargo, un estudio más detallado revela de modo inmediato las limitaciones de tal planteamiento, así como la inoperancia del tipo de estafa en muchos supuestos de administración social fraudulenta⁸³⁴.

⁸³⁰Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.326 y 348.

⁸³¹Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. págs.670 y siguientes.

⁸³²Como en Alemania sostiene HÜBNER: LK. 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.109.

⁸³³Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.317 y siguiente, y 346 y siguientes. Sobre el concurso entre la *Untreue* y la apropiación indebida en el Derecho penal alemán, vid. ampliamente, por todos, LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.23 (pág.1131); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, § 266, Rn.55; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: Strafrecht. BT. 1. 1988, cit. págs.495 y siguiente, Rn.4.

⁸³⁴TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.42. Sobre la relación entre la *Untreue* y el delito de estafa en el Derecho alemán, vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.19 (pág.1865); MAASS: Betrug verübt durch Schweigen. cit. págs.23 y siguientes; WORMS, A.: Warenterminoptionen: Strafbarer Betrug oder nur enttäuschte Erwartungen?. "Wistra" 1984, pág.127.

Ya he manifestado mi preferencia por una construcción de este delito societario como protección avanzada del patrimonio individual o social, incriminando la puesta en peligro concreto del mismo. Como la apropiación indebida, la estafa es un delito de resultado material cuya perfección exige la efectiva lesión del bien jurídico penalmente tutelado, y no sólo su puesta en peligro⁸³⁵. A ello se añade que la existencia de la estafa requiere la concurrencia de los distintos elementos esenciales que se derivan de la descripción legal: engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y provecho, a los que debemos añadir el nexo de imputación objetiva⁸³⁶.

Esta complejidad del delito de estafa, en cuya mecánica comisiva han de realizarse todos los elementos requeridos por la definición y además en el orden establecido, multiplica las probabilidades de que no sea posible su apreciación.

Como pone de relieve BACIGALUPO⁸³⁷, en la jurisprudencia española se encuentran querellas por estafa "en las que se trata de verdaderas administraciones fraudulentas y en las que la acusación intenta, infructuosamente, como es lógico, fundamentar la existencia de un engaño, que, en verdad, no sería sino el quebrantamiento de la relación de confianza entre el comitente y el apoderado. Tales infidelidades no reúnen los elementos del engaño, pues no importan la afirmación como verdadero de un hecho que en realidad es falso, destinado a causar un error (es decir, una representación falsa de los

⁸³⁵Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.274; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.284; VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. pág.270.

⁸³⁶Así, vid. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.270; VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. págs.141 y siguientes.

⁸³⁷BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. pág.387.

hechos) en el titular del patrimonio o en quien lo representa".

El error típico de la estafa puede aplicarse a los casos en que el estafado alberga dudas acerca de la veracidad de las falaces manifestaciones del autor, pero queda excluido por el conocimiento por parte de la víctima del carácter engañoso de la actuación del autor⁸³⁸.

En cuanto a la confianza como elemento común a ambos delitos, conviene tener en cuenta que en la estafa la relación de confianza se genera maliciosamente a través de un engaño previo, que se materializa en el acto de disposición patrimonial viciado por error que realiza la víctima. Por su parte, en la administración social fraudulenta es el propio autor el que causa el perjuicio al patrimonio ajeno, infringiendo los deberes de lealtad y fidelidad que le atan⁸³⁹.

A ello se añade que, a diferencia de la estafa, la administración social fraudulenta no pertenece a la categoría de los delitos de desplazamiento patrimonial⁸⁴⁰. En efecto, en la estafa la víctima del engaño ha de realizar un acto de disposición, que puede consistir en toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial⁸⁴¹, el cual puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa,

⁸³⁸Cfr. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.919. Vid. también CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.35 y siguientes, especialmente Rn.40 (págs.1872 y siguientes).

⁸³⁹Vid. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.271; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT.* 1. 1988, cit. pág.495, Rn.3.

⁸⁴⁰Cfr. MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT.* 1. 1988, cit. pág.495, Rn.3.

⁸⁴¹Cfr. ampliamente CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.55 y siguientes (págs.1876 y siguiente).

derecho o servicio de que se trate⁸⁴². Por su parte, en la dinámica comisiva de la administración social fraudulenta es el propio autor el que desvía parte del patrimonio social a usos en interés propio o de tercero no pactados, etc.⁸⁴³. No es precisa ninguna actuación dispositiva de la víctima a favor del autor.

El desvalor de acción en la administración social fraudulenta ha de consistir en la violación de los deberes que incumben al sujeto activo, constituyendo el desvalor de resultado la puesta en peligro concreto del patrimonio social o de los socios.

El fin de protección de la norma que tipifica la estafa es la protección del patrimonio frente a un determinado tipo de engaños que consiguen un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial por parte de la víctima del engaño, siempre que el error sea imputable al engaño y el acto de disposición patrimonial produzca un perjuicio patrimonial⁸⁴⁴. La administración social fraudulenta, por su parte, pretende sancionar las puestas en peligro concreto del patrimonio de los sujetos pasivos realizadas infringiendo los deberes de lealtad y fidelidad que unen al autor con las víctimas. No presupone un engaño.

Con respecto al aspecto subjetivo, constituye un elemento

⁸⁴²Cfr. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.921.

⁸⁴³Cfr. la STS 29 enero 1991 (Ar. 579), que señala que "en líneas generales, los supuestos de administraciones fraudulentas, no pueden integrar los tipos de estafa, porque no hay engaño en los términos de tal infracción delictiva, o porque en todo caso el que engaña en el sentido de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que lógicamente excluye la tipicidad del artículo 528 del Código Penal".

⁸⁴⁴PEREZ MANZANO: *Acerca de la imputación objetiva de la estafa*. cit. págs.303 y siguiente.

típico de la estafa el ánimo de lucro. En la administración social fraudulenta, por su parte, debe prescindirse de este elemento, puesto que ha de ser suficiente la lesión dolosa de los deberes de lealtad y fidelidad del autor que pone en peligro concreto el patrimonio de la sociedad o de los socios⁸⁴⁵.

Como ya he adelantado, la consumación del delito de estafa exige desde luego la producción del perjuicio. La intervención previa del Derecho penal sólo podría basarse en la apreciación de una tentativa de estafa. Sin embargo, ha objetado SILVA SANCHEZ que, en términos generales, "no cabrá advertir más que la existencia de un dolo eventual de perjuicio (o ni siquiera eso, sino una mera culpa consciente). Así las cosas, en unos casos la intervención por la vía del tipo de estafa requeriría construir una tentativa de estafa con dolo eventual. No obstante, la punición de la tentativa con dolo eventual es, de por sí, lo suficientemente cuestionable en términos generales como para que en un delito de medios determinados y con elementos subjetivos del injusto, como es la estafa, constituya el fundamento de la intervención punitiva"⁸⁴⁶.

Con un tipo societario de administración fraudulenta se trataría de proteger como objetivo político criminal (que no como bien jurídico) no sólo el patrimonio de la sociedad mercantil, de modo anticipado y ampliado respecto a como resulta de la aplicación del tipo común de la estafa, sino también la propia transparencia y el buen funcionamiento de la economía de mercado basada en las sociedades mercantiles, que

⁸⁴⁵Vid. en esta dirección, con respecto a la *Untreue*, entre otros DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.26 (págs.1360 y siguiente); y MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.495, Rn.3.

⁸⁴⁶SILVA SANCHEZ: *El Derecho Penal bancario en España*. cit. marginales 905 y siguiente. Admiten la tentativa con dolo eventual, entre otros, FARRE TREPAT, E.: *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, 1986, págs.77 y siguientes. Vid. también la STS 23 abril 1992 (Ar. 6783).

pueden verse afectados por las diversas repercusiones de una administración social fraudulenta de gran alcance. Es eso lo que hace de éste un delito económico y lo que justifica tanto la anticipación de las barreras de protección que establecen los delitos patrimoniales clásicos a través de la utilización de la técnica de los tipos de peligro, como la agravación de la pena frente a la que corresponde a las formas imperfectas de ejecución de la estafa⁸⁴⁷.

De nuevo hay que señalar que, en material de concursos, en Alemania se considera posible el concurso ideal entre la estafa y el tipo de *Untreue*, cuando éste se comete con los medios engañosos típicos de aquélla⁸⁴⁸, resolviéndose a favor de la estafa. Por el contrario, el concurso ideal se resuelve a favor del delito de infidelidad si la estafa es perpetrada únicamente para asegurar los beneficios obtenidos a través de la conducta típica de infidelidad⁸⁴⁹. Aun tratándose de una disciplina concursal con principios de solución diferentes a los existentes en el Derecho penal español, cabe resaltar el hecho de que se admita el concurso.

5. 4. OTRAS INFIDELIDADES: DELITOS SOCIETARIOS CONTRARIOS AL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS ORGANOS SOCIALES Y A LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS.

⁸⁴⁷En Alemania se considera unánimemente que la *Untreue* constituye un delito patrimonial. Vid. por todos HÜBNER: *LK.* 1988, cit. § 266, Rn.19 (pág.401); LACKNER: *StGB mit Erläuterungen.* 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.1 (pág.1122); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.1 (pág.1973); OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte.* 3. Aufl. Berlin, 1991, pág.235.

⁸⁴⁸Cfr. por todos LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.54 (pág.1992).

⁸⁴⁹De nuevo, LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.54 (pág.1992).

Las conductas gravemente contrarias al correcto funcionamiento de los órganos sociales constituyen el tercer y último grupo de las que, junto a las falsedades y a la administración social fraudulenta, se consideran integrantes de la categoría de los delitos societarios. Se trata de configurar una serie de tipos que han de responder a la necesidad de tutela del interés general en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles⁸⁵⁰, interés cuya titularidad no corresponde únicamente a los socios y/ o a la propia entidad mercantil, como hemos visto.

Dentro de este grupo se encuentra, en primer lugar, la imposición de acuerdos abusivos mediante el prevalimiento de una posición mayoritaria obtenida lícitamente.

Se trata sin duda de un hecho antijurídico, si partimos de la teoría del abuso del derecho en el Derecho privado⁸⁵¹. La dificultad no reside entonces en la comprobación de la contrariedad al Derecho de tal comportamiento, sino en la evaluación de si merece ser criminalizado o si, por el contrario, es suficiente con las medidas de naturaleza mercantil.

⁸⁵⁰Vid. en este sentido GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*. cit. pág.483.

⁸⁵¹Vid. artículo 7 C.c.: "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

Ampliamente, vid. CASSOTTANA, M.: *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*. Milano, 1991, *passim*; GOMES REDINHA, M. R.: *Deliberações sociais abusivas*. "Revista de Direito e Economia" 1984/ 1985, págs.193 y siguientes.

En la medida en que el acuerdo abusivo resulte de una decisión de la Junta o del Consejo de administración, dicho acuerdo es impugnabile y podrán ejercitarse contra el mismo las correspondientes acciones de impugnación que habilita la LSA⁸⁵². En todo caso procede invocar también, con fundamento en el artículo 133. 1 LSA, la responsabilidad civil de los administradores si se trata de actos contrarios a la ley o a los estatutos.

Cuando la posición mayoritaria se disfruta en virtud de los mecanismos de gobierno y distribución del poder regulados por el Derecho mercantil, su ejercicio debe ser penalmente atípico⁸⁵³, aunque lleve a la adopción de acuerdos abusivos o contrarios al interés social o a los intereses de la minoría. Para reprimir estos abusos bastan las sanciones y los medios de control mercantiles.

Todos los socios, sin excepción, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta. La ley refuerza el postulado de la sumisión declarando explícitamente que alcanza incluso a los socios disidentes y a los que no hayan participado en la reunión. Pero se sobreentiende que la sumisión sólo tiene plena vigencia frente a los acuerdos válidos e inatacables⁸⁵⁴. El

⁸⁵²Si se vulneran principios configuradores de la LSA, como la igualdad de tratamiento de los accionistas, estamos en presencia de acuerdos contrarios a la Ley. Ahora bien, en muchos casos también se tratará de acuerdos que lesionen el interés de la sociedad en beneficio de uno o varios socios, por lo que también podrá ejercitarse la acción que se concede para estos supuestos.

⁸⁵³Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. págs.89 y siguiente. Así sucede en Italia, por ejemplo, donde sólo tiene relieve penal la influencia sobre la formación de la mayoría cuando se usan medios ilícitos (vid. artículo 2630 C.c.). Vid. sobre la jurisprudencia vertida en torno al abuso de poder por parte de la mayoría, CASSOTTANA: L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare. cit. pág.158.

⁸⁵⁴Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.30.

socio entra en la sociedad para someterse a la voluntad social, pero la mayoría, a su vez, debe respetar la ley y los estatutos e inspirar sus decisiones en el interés social. Ningún socio, ni siquiera los que hayan votado a favor, quedará sometido a un acuerdo contrario a la ley. El artículo 117 LSA faculta sin distinción a todos los socios para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad de tales acuerdos. En cambio, los acuerdos meramente anulables por oponerse a los estatutos o lesionar en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros el interés de la sociedad no son impugnables por quienes hayan votado a favor, pero sí por los disidentes, los ausentes y los que habiendo concurrido a la Junta hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto (de nuevo, artículo 117 LSA). La causa de impugnación por lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros implica, como bien señala la doctrina mercantilista, una aplicación particularizada al campo societario de la prohibición del abuso de facultades y la desviación de poder⁸⁵⁵. La jurisprudencia ha aceptado en reiteradas ocasiones la impugnación de los acuerdos sociales por incurrir el acuerdo o el ejercicio del voto en abuso de derecho.

El Ordenamiento mercantil parte de la consideración de que no es sólo una necesidad técnica sino también una exigencia de carácter ético la que impone el reconocimiento de límites al

⁸⁵⁵Vid. *supra*. En este sentido, GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*. 7ª ed. Madrid, 1976, pág. 512; GIMENO SENDRA, J. V.: *El Proceso de Impugnación de Acuerdos de las Sociedades Anónimas y Cooperativas*. Madrid, 1982, pág. 49; RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*. cit. págs. 39 y siguiente; RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*. 1964, cit. pág. 214. En la jurisprudencia, vid. las SSTs (Sala 1ª) de 4 marzo 1967 (Ar. 1349) y 20 febrero 1991 (Ar. 1512). Vid. también, ampliamente, CASSOTTANA: *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*. cit. págs. 6 y siguientes, quien distingue entre carencia o exceso de poder, cuando la junta infringe los límites impuestos a su facultad deliberativa por las leyes o el acto constitutivo, y el abuso o desviación de poder, que supone una decisión formalmente válida, viciada, no obstante, por el interés perseguido.

poder de la mayoría o de la minoría de control⁸⁵⁶, para proteger a los socios⁸⁵⁷. La mayoría y la minoría de control deben respetar unos límites fuera de los cuales su actuación es ilícita⁸⁵⁸.

En resumen, en el ejercicio de las acciones de impugnación que ya hemos estudiado encontrarán los socios su mejor instrumento de defensa contra el abuso de poder de las mayorías⁸⁵⁹, puesto que con ellos se trata de "cortar aquellas maniobras y actos lesivos que aun revestidos de ordinario ropaje legal... en el fondo entrañan un grave peligro para los demás accionistas"⁸⁶⁰ y, a la vez, lesionan el interés

⁸⁵⁶Esta distinción es necesaria debido tanto a que la legislación de sociedades opera con diversos conceptos de mayoría, como al fenómeno consistente en que fracciones incluso mínimas del capital permitan el dominio en la junta en ausencia de la gran multitud de pequeños accionistas, supuesto especialmente perceptible en las sociedades con acciones muy dispersas entre el público. Cfr. GALGANO, F.: **El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas**. cit. págs.75 y siguientes. La junta general de la SA se rige por el principio de mayoría de capital, y no de mayoría de personas, propio de las sociedades personalistas e inspirador del consejo de administración de aquélla. Cfr. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1°. 1991, cit. pág.590.

⁸⁵⁷Cfr. DUQUE DOMINGUEZ, J. F.: **Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría**. en ALONSO UREBA y otros (coords.): **Derecho de Sociedades Anónimas**. II. 1. cit. pág.31. Vid. en el mismo sentido OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): **Estudios sobre la Sociedad Anónima**. II. cit. págs.59 y siguiente.

⁸⁵⁸La razón de la existencia de un límite esencial a la competencia de la Junta sobre la base de la intangibilidad de los derechos del accionista ha sido un tema particularmente debatido en la doctrina mercantilista. Vid. por todos URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: **La Junta general de accionistas**. cit. pág.45.

⁸⁵⁹Cfr. en este sentido URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: **La Junta general de accionistas**. cit. pág.30.

⁸⁶⁰STS (Sala 1ª) de 11 mayo 1968 (Ar. 4538). En esto consiste precisamente el abuso de poder, caracterizado por tener lugar a través de una decisión formalmente válida. El exceso de poder, por su parte, se produce cuando la junta excede el ámbito de su competencia para tomar decisiones. Vid. ampliamente CASSOTTANA:

social⁸⁶¹.

En nuestro Derecho, la prohibición y la correspondiente sanción del abuso de posición mayoritaria obtenida lícitamente debe buscarse en el artículo 7 C.c.⁸⁶², el cual acoge la figura del abuso del derecho haciéndola sinónima de ejercicio antisocial del mismo, y configurándola como todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Al decir el artículo 7 C.c. que la Ley no ampara el abuso del derecho, legitima a quien tenga un interés, aunque no sufra un daño actual, para obtener la protección de los Tribunales. Por su parte, el abuso de derecho que causa un daño a tercero genera una obligación de indemnizar, y legitima para solicitar las medidas que impidan la persistencia del abuso.

En resumen, la amplitud de la protección que ofrecen los sectores civil y mercantil del Ordenamiento jurídico ante las conductas objeto de análisis obliga a afirmar la innecesariedad de la intervención penal.

Sí merece la intervención del Derecho penal la misma conducta realizada mediante la **formación de mayorías ficticias**⁸⁶³, obtenida a través de diversos artificios. Con el

L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare. cit. págs.6 y siguientes.

⁸⁶¹Sobre las dificultades que presenta la definición de este concepto, vid. ampliamente RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: **Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas.** cit. págs.42 y siguientes, y bibliografía allí mencionada.

⁸⁶²Cfr. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho mercantil.** I. 1º. 1991, cit. pág.611.

⁸⁶³Así, vid. HEREDERO: **Los delitos financieros en la jurisprudencia española.** cit. pág.50; RODRIGUEZ SASTRE: **El delito financiero.** cit. pág.43. Vid. por ejemplo, en el Derecho comparado, el artículo 2630 C.c. italiano, que sanciona en su apartado tercero con reclusión de seis meses a tres años y multa

fin de no cerrar el catálogo de medios de comisión es conveniente la introducción, como cierre de una enumeración ejemplificativa, de una fórmula como "otros medios ilícitos"⁸⁶⁴, "por cualquier otro medio o procedimiento semejante", etc. Expresiones de esta índole permiten cobijar una gran pluralidad de supuestos que, no obstante, siempre han de ser de entidad y gravedad semejante a la de los enumerados *ad exemplum*⁸⁶⁵.

La forma más simple de obtener una mayoría ficticia consiste en la atribución del derecho de voto a quien no lo tiene o no lo puede ejercer, de manera que la represión de estas conductas supone la tutela no del derecho de voto, como pretenden algunos autores⁸⁶⁶, sino del correcto funcionamiento del órgano social encargado de tomar las decisiones más

a los administradores que influyan sobre la formación de la mayoría de la junta, valiéndose de acciones o de cuotas no colocadas, o haciendo ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones propias de la sociedad bajo otro nombre, o utilizando otros medios ilícitos. El artículo 2636 C.c. extiende a los administradores judiciales y comisarios gubernativos las incriminaciones previstas, entre otros, en el artículo 2630.

⁸⁶⁴Así se hace en el artículo 2630 del C.c. italiano. No obstante, la doctrina ha criticado en ocasiones la "apparente indeterminatezza della formula". Vid. por todos FOFFANI, L.: *Abuso dei poteri amministrativi ed illecito influsso sulle manifestazioni di volontà dell'organo assembleare*. "Giur. comm." 1990 II, págs.957 y 962 y siguiente; del mismo autor en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*. cit. págs.458 y siguiente; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.354 y siguientes; ZANCHETTI, M.: *In tema di illecita influenza degli amministratori sulla formazione della maggioranza assembleare: la natura degli "altri mezzi illeciti"*. "Riv. trim. dir. pen. ec." 1988 I, pág.220.

⁸⁶⁵Así, cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.91. Vid. también NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.359.

⁸⁶⁶Así, cfr. ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. *I reati ed illeciti depenalizzati fallimentari, societari, bancari e tributari*. Milano, 1993, pág.319; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.364 y siguientes.

importantes en la vida de la sociedad, la Junta general⁸⁶⁷. Y es que el derecho de voto de los socios no se ve afectado por esta conducta más que indirectamente, si se considera que la atribución del derecho de voto a quienes no lo tienen o no lo pueden ejercer hace perder cierto valor al de quienes lo ostentan legítimamente.

Para STAMPA/ BACIGALUPO⁸⁶⁸, la atribución del derecho de voto a quien no le corresponde sólo puede ser cometida por aquéllos que disponen jurídicamente sobre la capacidad de votar, que de acuerdo con los principios básicos que rigen en el Derecho de sociedades, dicen estos autores, son los socios que integran la Asamblea social. En tales asambleas las decisiones deben adoptarse por mayoría, de forma que quienes disponen de la mayoría suficiente para atribuir el voto a quien no le corresponde no necesitan de otros votos para lograr la imposición de acuerdos sociales por mayoría ficticia, pues sin la mayoría real no podrían autorizar el voto de terceros a quienes legalmente no pueden emitirlo. De esta forma, afirman, la necesidad práctica de este tipo penal "quedaría reducida a los pocos casos en que los estatutos para la decisión sobre ciertos actos jurídicos se requiera una mayoría calificada, mientras que para decidir la cuestión de la autorización de voto sólo se exigiría simple mayoría"⁸⁶⁹. Estas manifestaciones sólo son aceptables en el caso de que sea en la Junta general, y a través de la toma formal de un acuerdo, donde se decida la atribución del derecho de voto a quien legalmente no le corresponde. Pero es que esta atribución ilegal del derecho de voto también puede ser realizada, y de hecho es el supuesto más frecuente, por los administradores o

⁸⁶⁷Vid. ampliamente NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. págs.338 y siguientes.

⁸⁶⁸Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. págs.65 y siguiente.

⁸⁶⁹STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.66.

el secretario de la Junta.

El ejercicio del derecho de asistir y votar en las juntas está sometido por la ley al cumplimiento de determinadas formalidades que se explican por la necesidad de controlar la legitimación de los asistentes y evitar el acceso a la reunión de terceros extraños. No suelen existir problemas en las pequeñas sociedades que cuentan con un reducido número de socios, todos perfectamente identificados. Pero en las grandes sociedades, con innumerables accionistas, el panorama es bien distinto. Se hace preciso organizar previamente a la celebración de la junta un sistema de control de la asistencia, con el objeto de verificar la legitimación de los asistentes y facilitar la formación de la lista de los mismos. Estas tareas preliminares incumben a los administradores, a través de los correspondientes servicios de la sociedad⁸⁷⁰. El secretario es quien redacta materialmente la lista de asistentes a la Junta, comprobando la legitimación para asistir de cada uno, por sí o como representante, y las acciones que ostenta. El presidente de la mesa de la Junta suele tener atribuidas las facultades de formar la lista de asistentes, conceder o denegar el derecho de asistencia en los supuestos dudosos, examinar la representación de quienes asisten por otro accionista, determinar si hay quórum para la válida constitución de la Junta y, en su caso, declararla válidamente constituida, dirigir los debates, etc⁸⁷¹. La LSA no determina las funciones que corresponden al presidente o al secretario las cuales, por regla general, son objeto de regulación estatutaria. Habitualmente tienen atribuidos todos los poderes necesarios para el normal desenvolvimiento de la junta, desde

⁸⁷⁰Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit: pág.152.

⁸⁷¹Cfr. OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la Sociedad Anónima. II. cit. págs.79 y siguiente. La LSA no determina estas funciones, que suelen ser objeto de regulación estatutaria.

su constitución hasta la elaboración del acta⁸⁷².

De forma semejante, se puede lograr una mayoría ficticia negando ilícitamente el ejercicio del derecho de voto a quien legalmente le corresponde: es el caso, por ejemplo, de socios que asisten a la Junta pero no pueden votar por razón de una decisión arbitraria de la Presidencia, por alguna manipulación fraudulenta, por una decisión ilegítima del resto de los asistentes a la Junta o por otra causa ilícita⁸⁷³.

Se hará referencia únicamente a la LSA, por tratarse del texto que con mayor amplitud regula el tema que nos ocupa. Todo accionista tiene derecho a concurrir a las juntas generales y participar con su voto en la formación de la voluntad social. El derecho de voto es un derecho en cierto modo intangible: no son admisibles privilegios que directa o indirectamente lo disminuyan, ni los estatutos sociales pueden limitarlo por razón de sexo, edad, nacionalidad, domiciliación, etc. Lo único que pueden hacer los estatutos es "fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo" (artículo 105 LSA), como medida que facilita la defensa de las minorías frente a la acumulación de grandes poderes sociales en una sola mano. Con respecto al ejercicio del derecho de voto, los estatutos pueden impedir el ejercicio personal del derecho de voto a quien no posea un determinado número de acciones, en ningún caso superior al uno por mil del capital social, quedando facultados entonces los accionistas que no reúnan el número de acciones suficiente para agrupar sus títulos entre sí y conferir la representación a uno de ellos, que concurrirá a la junta y ejercitará en ella los derechos de voto correspondientes a las distintas acciones agrupadas (artículo

⁸⁷²Cfr. GARCIA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima. cit. pág.511.

⁸⁷³Cfr. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas. cit. pág.174, y bibliografía allí citada.

105 LSA).

La LSA prevé además algunos supuestos en los que no puede ejercerse el derecho de voto: en el caso de mora por parte del socio en el pago de los dividendos pasivos (artículo 44 LSA), como medida coactiva para procurar la máxima diligencia en el cumplimiento del deber de aportación; en el supuesto de adquisición de acciones propias por la sociedad (artículo 79); carecen de voto también los bonos de disfrute en el caso de amortización de acciones (artículo 48. 3 LSA); y, por último, en el caso de las acciones sin voto, mientras la sociedad cumple las prestaciones económicas especiales y periódicas que la LSA establece en favor de los titulares de estas acciones a modo de contraprestación por la suspensión del ejercicio del derecho de voto, renaciendo automáticamente el derecho a votar si se produce el incumplimiento por la sociedad (artículo 91 LSA).

Otro medio de obtener mayorías ficticias consiste en la comisión de falsedades, sean personales (sustitución de la persona de un socio ausente) o documentales⁸⁷⁴. Estas últimas afectarán por lo general al Acta de la Junta, en la cual se hacen figurar como presentes y ejerciendo el derecho de voto a socios que en realidad no han intervenido, o que no han votado, o que han votado en sentido contrario, o bien se atribuye a uno o más socios una participación diversa de la efectiva, que puede ser incluso inexistente⁸⁷⁵.

Entre las falsedades documentales se menciona

⁸⁷⁴Cfr. NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.369. Vid. también ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. págs.319 y siguiente.

⁸⁷⁵Cfr. ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. págs.319 y siguiente; FOFFANI en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*. 1990, cit. págs.459 y siguientes; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.369.

reiteradamente en los diversos Proyectos españoles el abuso de firma en blanco. Este abuso se manifiesta en la confección o complementación de un documento no verídico utilizando la firma de la víctima. No se trata, pues, de contrahacer o fingir la firma, sino de utilizar indebidamente la firma de otro.

"Firma, es poner una persona su nombre escrito por ella tal como tiene por costumbre, al pie de cartas o documentos hechos o autorizados por ella"⁸⁷⁶. La firma permite imputar un documento a su autor, o identificar a quien ha intervenido en él⁸⁷⁷.

La conducta de abuso de firma en blanco puede constituir, asimismo, en circunstancias determinadas, tanto una falsedad documental como una estafa⁸⁷⁸. La doctrina resuelve el conflicto por la vía del principio de consunción, entendiendo que el delito de estafa consume o absorbe el de falsedad⁸⁷⁹. En los casos de abuso de firma en blanco donde no medie engaño sólo podrá apreciarse falsedad, al no constituir delito de estafa⁸⁸⁰.

El abuso de firma en blanco se recoge en el número 3º del

⁸⁷⁶ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. págs.233 y siguiente.

⁸⁷⁷ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.234.

⁸⁷⁸Aunque en otras legislaciones se ha discutido la posibilidad de apreciar falsedad en este supuesto, la doctrina y jurisprudencia españolas no dudan al respecto. Cfr. ANTON ONECA: Las estafas y otros engaños. cit. pág.25; BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. págs.318 y siguiente.

⁸⁷⁹Cfr. por todos ANTON ONECA: Las estafas y otros engaños. cit. pág.25.

⁸⁸⁰Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. pág.319.

actual artículo 529 del Código penal, que contempla las circunstancias de agravación del delito de estafa⁸⁸¹. Ahora bien, no todo supuesto de abuso de firma en blanco constituye la estafa de este precepto, puesto que han de concurrir todos los elementos definidores de la estafa establecidos en el precedente artículo 528 CP⁸⁸². De esta forma, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO⁸⁸³ incluyen únicamente dos supuestos en esta modalidad agravada de la estafa: "1) la estafa consistente en el abuso de firma en blanco después de que el autor haya obtenido la entrega y la firma en blanco del documento mediante engaño, o 2) la utilización de este documento con firma en blanco como medio engañoso para producir un acto de disposición patrimonial en una tercera persona".

Por otra parte, la conducta de abuso de firma en blanco puede incardinarse, en su caso, en el número 2º del artículo 302 CP: suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido⁸⁸⁴. Las modalidades posibles de comportamiento son múltiples, pues el autor puede intercalar líneas en un texto ya existente, o cumplimentar los espacios de un documento incompleto, o confeccionar íntegramente un documento. La conducta de abuso de firma en blanco puede lesionar, así, tanto la autenticidad como la veracidad del documento.

⁸⁸¹Artículo 529 CP: "Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior:

3ª. Cuando se realice con abuso de firma en blanco".

⁸⁸²Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ MANZANO/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.318 y siguiente.

⁸⁸³En BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.318 y siguiente.

⁸⁸⁴Artículo 302 CP: "Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el funcionario público que, abusando de su oficio, cometiera falsedad:

2º. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido".

La expresión "abuso" entraña el desvalor de acción de este medio de lograr una mayoría ficticia⁸⁸⁵, e implica que el autor cumplimenta el documento en condiciones distintas a las establecidas por el firmante⁸⁸⁶.

Según algunos autores, la conducta consistente en imponer acuerdos sociales abusivos mediante la formación una mayoría ficticia por abuso de firma en blanco o utilizando otros medios ilícitos puede ser castigada como delito de estafa⁸⁸⁷. Esta afirmación es correcta en tanto en cuanto puede entenderse que el sujeto pasivo que sufre el abuso de firma en blanco está respaldando con su firma el acto de disposición patrimonial que redundará en un perjuicio patrimonial para sí mismo o para un tercero. Con ello, estaría, pues, contribuyendo a realizar el acto de disposición, lo que en su caso podría fundamentar la apreciación de una estafa. Ahora bien, son en gran medida reproducibles aquí las observaciones que he efectuado al hilo del análisis de la suficiencia dogmática del delito de estafa para abarcar las conductas constitutivas de administración social fraudulenta⁸⁸⁸. Y con respecto a las otras modalidades típicas de comisión del delito de imposición de acuerdos abusivos mediante la formación de mayorías ficticias, excluyendo el abuso de firma en blanco, baste observar que el perjuicio patrimonial, en caso de producirse, lo que no siempre ocurrirá⁸⁸⁹, no tendrá en todos los supuestos su origen en un

⁸⁸⁵Sobre la naturaleza exclusivamente modal de la noción de abuso, vid. STORTONI, L.: *L'abuso di potere nel diritto penale*. Milano, 1978, pág.13.

⁸⁸⁶Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.319.

⁸⁸⁷Cfr. MUÑOZ CONDE: *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*. cit. pág.274.

⁸⁸⁸Vid. *supra*.

⁸⁸⁹No se produce el perjuicio patrimonial directo requerido por el delito de estafa, por ejemplo, en el acuerdo de aumento de capital decidido con el fin de reforzar la posición de control

acto de disposición realizado por el sujeto engañado, sino en una decisión viciada por el abuso del poder ejercido por la mayoría.

Por esta razón no tendría que requerirse la efectiva causación de un perjuicio para entender consumado el tipo, puesto que su demostración es difícilmente constatable en la práctica.

El delito que analizo, que constituiría una absoluta novedad tanto en nuestro Derecho penal como en el Ordenamiento jurídico español en su conjunto⁸⁹⁰, ha de pretender como objetivo político criminal la tutela del interés supraindividual o colectivo en el correcto funcionamiento de los órganos sociales, y en particular de la Junta general, entendido como fin o propósito de la criminalización y no como bien jurídico en sentido técnico⁸⁹¹. La convicción de que el funcionamiento regular o correcto de los órganos sociales no puede cumplir las funciones propias del bien jurídico, en sentido técnico obliga a una ulterior determinación de éste, siempre desde un plano de propuesta de *lege ferenda*.

En mi opinión, el delito debería configurarse como de

de la mayoría en el seno de la sociedad, en condiciones tales que desincentive la suscripción de nuevas acciones por parte de los miembros de la minoría, aprovechando su situación de debilidad financiera.

⁸⁹⁰Falta asimismo un precepto de naturaleza civil o mercantil correlativo.

⁸⁹¹En este sentido, vid. también la doctrina italiana vertida en torno al estudio del artículo 2630 comma 1 n.3 C.c. ("*illecita influenza sulla formazione della maggioranza assembleare*"). Por todos, CHIARAVIGLIO, L.: *Le responsabilità penali nelle aziende*. 3. ed. Milano, 1983, pág.461; CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. pág.216; FOFFANI: *Abuso dei poteri amministrativi ed illecito influsso sulle manifestazioni di volontà dell'organo assembleare*. cit. pág.956 en nota; MIRTO: *Il diritto penale delle società*. cit. pág.303; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.338 y siguientes.

peligro para el patrimonio individual, cuyos titulares podrían ser tanto la sociedad⁸⁹² como los socios⁸⁹³.

En cuanto al aspecto subjetivo, en la figura delictiva que se redacte deberá exigirse el dolo directo, complementado por la comprobación de la intención o finalidad perseguida por el sujeto activo de lucrarse a sí mismo o a un tercero en perjuicio de la sociedad o de los socios (elemento subjetivo del injusto).

En segundo lugar, se encuentran también en este sector de delitos societarios aquellos que sancionan a los administradores de sociedades mercantiles que niegan o impiden a los socios o a otros sujetos el ejercicio de los derechos que la legislación mercantil les otorga. Algún autor ha afirmado que los casos más graves podrían llevarse a las coacciones y el resto a las sanciones administrativas⁸⁹⁴. Desde luego, no es compartible la referencia a las coacciones, cuya inoportunidad no merece más comentario⁸⁹⁵. Sí requiere una

⁸⁹²Cfr. MIRTO: *Il diritto penale delle società*. cit. pág.303.

⁸⁹³Cfr. CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. pág.216. No incluimos aquí a los terceros (por ejemplo, los acreedores sociales), mencionados también por un sector de la doctrina italiana como sujetos pasivos del delito de "illecita influenza sulla formazione della maggioranza assembleare". Con NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.341, consideramos preferible que asuman el papel de perjudicados por el delito cuando el acuerdo abusivo dañe en concreto el patrimonio social.

⁸⁹⁴Cfr. SERRANO GOMEZ: *Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas*. cit. marginal 398.

⁸⁹⁵Basta tener en cuenta que el empleo de la violencia es un elemento fundamental en el delito de coacciones. Cfr. COBOS GOMEZ DE LINARES y otros: *Manual de Derecho penal. Parte especial*. II. 1990, cit. pág.12; MAQUEDA ABREU, M. L.: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*. Granada, 1988, págs.34 y siguientes; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. págs.138 y siguientes. Ahora bien, es preciso reconocer que quizás SERRANO estuviera pensando en los casos extremos de ataque a la libertad personal de obrar a través de una *vis compulsiva*.

atención más detallada la alusión a la suficiencia de la sanción administrativa para castigar estas conductas de los administradores. Nos hallamos, en efecto, ante una serie de comportamientos cuya trascendencia puede ser prácticamente nula o insignificante, siendo su elevación a la categoría de delito sumamente discutida en la doctrina⁸⁹⁶. Conviene señalar, no obstante, que existen precedentes en el Derecho comparado⁸⁹⁷.

Como sabemos, el término "violencia" empleado en el delito de coacciones ha experimentado una enorme "volatilización" en la aplicación jurisprudencial, abarcando actualmente no sólo la violencia física o *vis corporis corpori afflicta*, sino también la intimidación o *vis compulsiva*. Cfr. sobre las diversas etapas de dicho proceso de ampliación, DIEZ RIPOLLES en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. cit. págs.296 y siguientes. Esta desmesurada interpretación extensiva, calificada con razón por un sector doctrinal de analogía contra reo, ha contribuido a la confusión reinante a la hora de distinguir la coacción de las amenazas condicionales. Cfr. CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.775 y siguiente.

⁸⁹⁶Vid. a favor HEREDERO: **Los delitos financieros en la jurisprudencia española**. cit. págs.49 y siguientes, por cuanto se refiere a la tutela del derecho de voto; en el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.96.

⁸⁹⁷En Francia, la protección penal de los derechos de los accionistas y de los obligacionistas es objeto de una extensa regulación. Así, entre otros preceptos, el artículo 440. 1 (sección tercera) del Capítulo II de la Ley 24 julio 1966, de Sociedades, castiga a "los que, a sabiendas, hayan impedido a un accionista participar en una asamblea de accionistas..."; también los artículos 441 y siguiente, que se refieren al presidente y a los administradores que no hayan reunido la asamblea general ordinaria ni hayan entregado al accionista que lo hubiera demandado, una completa lista de datos. Vid. igualmente el artículo 450. 1 de la Ley 24 julio 1966, modificado por la Ley 14 diciembre 1985, que sanciona con multa a los dirigentes de una SA que, con ocasión de un aumento de capital, no hayan beneficiado a los accionistas, proporcionalmente al monto de sus acciones, con el derecho de suscripción preferente de las acciones nominativas; no hayan reservado a los accionistas un plazo de al menos veinte días desde la apertura de la suscripción para que ejerzan su derecho a la misma; no hayan atribuido las acciones disponibles, a falta de número suficiente de suscripciones a título preferencial, a los accionistas que hayan suscrito a título reducible un número de acciones superior al que podían suscribir a título preferencial, en forma proporcional al derecho de que disponen. También son sancionados con multa los

Los sujetos pasivos del delito serán fundamentalmente los socios. Ahora bien, existen otros sujetos, distintos de los socios, que son titulares de derechos reconocidos por la legislación mercantil, como los fundadores y promotores titulares de derechos especiales de contenido económico que se hayan reservado durante el procedimiento de fundación, los titulares de derechos reales limitados sobre las acciones (usufructo, prenda y embargo) y los obligacionistas. Como veremos, pese a no gozar de la condición de socios estos otros sujetos gozan de derechos de entidad semejante a otros que corresponden a los socios, razón por la cual merecen la misma protección que corresponda a éstos.

Para ser socio en una sociedad mercantil es condición necesaria y suficiente ser titular de una participación⁸⁹⁸. Aunque suponga una fracción mínima del capital social, ésta atribuye un conjunto de derechos y obligaciones que constituyen la condición de socio. Esta institución tiene una consistencia

dirigentes de una SA que, con ocasión de un aumento de capital o de una emisión anterior de obligaciones convertibles en acciones, no hayan reservado los derechos de los titulares de los bonos de suscripción que ejercitaron su derecho a la suscripción, o los derechos de los obligacionistas que ejercitaron su derecho a la suscripción; que hayan amortizado el capital o lo hayan reducido mediante reembolso, o hayan modificado el reparto de beneficios o distribuido reservas sin haber previamente retirado las cantidades necesarias para preservar los derechos de los titulares o portadores de bonos de suscripción preferente o de los obligacionistas que optaron por la conversión (artículo 450. 5, modificado por la Ley 3 enero 1983); o que en caso de emisión anterior de obligaciones canjeables por acciones hayan amortizado antes de que se opere el canje o la convocatoria al pago, o reducido el capital por vía de reembolso o modificado la distribución de beneficios (artículo 450. 6, modificado por la Ley 6 enero 1969). Por su parte, el artículo 454 sanciona con multa a los dirigentes de una SA que hayan procedido, a sabiendas, a una reducción del capital social sin respetar la igualdad de los accionistas y sin comunicar el proyecto de reducción a los revisores de cuentas con una anticipación de al menos cuarenta y cinco días antes de la reunión de la junta general convocada para resolver.

⁸⁹⁸Cfr. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág. 264.

mínima gracias a dos principios básicos que también forman parte de los principios configuradores de la sociedades anónima. Centrándonos en este tipo de sociedad, son estos principios: 1) el de contenido mínimo de derechos que otorga cada acción, de acuerdo con el artículo 48 LSA y del conjunto de la Ley; 2) el de proporcionalidad en la intensidad de los derechos al valor nominal de la acción, completado con el principio de igualdad de trato, en la forma definida por el artículo 42 de la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 diciembre 1976, sobre sociedades⁸⁹⁹.

El artículo 48 de la LSA establece un catálogo de "derechos mínimos del accionista"⁹⁰⁰. Suele hacerse una distinción entre derechos económico-patrimoniales y administrativos de los socios⁹⁰¹, de forma que se califican los derechos de participación en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación como económicos o patrimoniales; y los derechos de asistencia, voto, impugnación de acuerdos sociales e información como políticos, administrativos o instrumentales. El derecho de suscripción preferente goza de una doble naturaleza, pues tiene como fin conservar a un tiempo el porcentaje de participación en la constitución corporativa de la sociedad y el valor de la

⁸⁹⁹Artículo 42: Las legislaciones de los Estados miembros garantizarán un trato igual a aquellos accionistas que se encuentren en condiciones idénticas".

⁹⁰⁰Artículo 48. 2 LSA: "En los términos establecidos en esta Ley, y salvo en los casos en ella previstos, el accionista tendrá, como mínimo, los siguientes derechos:

a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultantes de la liquidación.

b) El de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

d) El de información".

⁹⁰¹Cfr. BROSETA PONT: **Manual de Derecho Mercantil**. 1994, cit. pág.264; GIRON TENA: **Derecho de sociedades**. I. 1976, cit. págs.289 y siguientes; VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1º. 1991, cit. págs.483 y siguiente.

participación en el patrimonio social⁹⁰².

Los derechos de los socios son también, en general, inderogables por acuerdo mayoritario adoptado en junta general, tanto en abstracto como en concreto⁹⁰³. La LSA sólo admite la derogación o exclusión, para una determinada emisión de nuevas acciones, del derecho de suscripción preferente (artículo 159). En los demás casos no es posible la exclusión de los derechos de los socios.

Como ya he adelantado, también otros sujetos que no gozan de la condición de socios son titulares de derechos reconocidos por la legislación mercantil, con diferente alcance. Así, los fundadores y promotores pueden ser titulares de derechos especiales de contenido económico⁹⁰⁴, que podrán consistir tanto en una participación en beneficios o en la cuota de liquidación, como en los derechos de uso o explotación de bienes sociales sin contraprestación⁹⁰⁵. La titularidad de estos derechos especiales no otorga la condición de socio.

Los titulares de derechos reales limitados sobre las acciones, como el usufructo, tampoco gozan de la condición de accionistas, que la LSA reconoce únicamente al nudo

⁹⁰²Cfr. BROSETA PONT: **Manual de Derecho Mercantil**. 1994, cit. pág.266.

⁹⁰³Cfr. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1º. 1991, cit. pág.484.

⁹⁰⁴Cfr. artículo 11 LSA, que señala que "los fundadores y los promotores de la sociedad podrán reservarse derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del diez por ciento de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un período de diez años", añadiendo que "estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales".

⁹⁰⁵Cfr. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1. 1991, cit. pág.410.

propietario. El usufructuario queda obligado, como poseedor de las acciones, a facilitar al nudo propietario el ejercicio de sus derechos, con la sola excepción del derecho a cobrar los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo (artículo 67. 1 LSA). Si nada establece el título del usufructo, el usufructuario tiene derecho a exigir al nudo propietario "el incremento del valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas" (artículo 67. 2 LSA). En los aumentos de capital, el derecho de suscripción preferente corresponde al nudo propietario, pero si no lo ejercita diez días antes del plazo fijado para el mismo, el usufructuario podrá vender los derechos o suscribir las acciones. El usufructo se extenderá: al dinero producto de la venta de los derechos, y a las nuevas acciones suscritas cuyo desembolso hubiera podido realizarse con el valor total de los derechos utilizados en la suscripción, calculado por su valor de cotización o por su valor teórico; el resto de las acciones pertenecerá en plena propiedad al usufructuario o nudo propietario que hubiera desembolsado su importe. Si la sociedad se disuelve durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario la parte de la cuota de liquidación correspondiente a aquel incremento, en tanto que el usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación⁹⁰⁶.

Los artículos 72 y 73 LSA trasladan al régimen de la prenda y embargo de acciones sólo parte del régimen del usufructo. El ejercicio de los derechos de accionista corresponde en todo caso al propietario, y el acreedor pignoraticio está obligado a facilitar su ejercicio. El acreedor puede embargar y percibir los dividendos que se

⁹⁰⁶Cfr. VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho mercantil*. I. 1. 1991, cit. págs.557 y siguientes.

repartan y también, en su caso, la cuota de liquidación⁹⁰⁷.

En cuanto a los obligacionistas, se observa en la materia una visible unificación en los requisitos administrativos y jurídico-privados de emisión al público de obligaciones y acciones. La obligación se distingue esencialmente de la acción en que no incorpora la condición de socio, limitándose a otorgar al titular derechos económicos de remuneración fija y restitución de la aportación realizada⁹⁰⁸. Los titulares de obligaciones convertibles en acciones tienen derecho de suscripción preferente, en la proporción que les corresponda según las bases de la conversión. Por su parte, el artículo 294. 2 LSA protege la posición de los obligacionistas en los aumentos y reducciones de capital.

Aun así, el tipo penal que se cree debe cumplir una serie de requisitos para justificar su existencia. En primer lugar, en lo que respecta al elemento subjetivo sólo puede considerarse suficiente el dolo directo.

En segundo lugar, es preciso también que se trate de una conducta reiterada.

5. 4. 1. Excurso: la tutela penal del secreto social.

Dentro de las conductas consistentes en infidelidades del órgano de administración se regula en el Derecho comparado la

⁹⁰⁷Cfr. VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho mercantil. I. 1. 1991, cit. pág.560.

⁹⁰⁸Cfr. VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho mercantil. I. 2. 1991, cit. pág.795.

tutela penal del secreto social⁹⁰⁹.

No se trata ya de un abuso de poder, puesto que la lesión del vínculo de fidelidad no se produce trámite el ejercicio de los poderes y facultades atribuidos al sujeto cualificado de forma contraria al interés de la sociedad administrada, sino a través del abuso de la situación privilegiada en la que el sujeto activo se halla a consecuencia de la atribución de aquellos poderes y facultades, y que le permite acceder a

⁹⁰⁹En Italia, el artículo 2622 C.c., bajo la rúbrica "divulgazione di notizie sociali riservate", sanciona con pena de reclusión de hasta un año y con multa a los administradores, directores generales, síndicos y sus dependientes, liquidadores de cualquier tipo de sociedad sujeta a inscripción registral que "senza giustificato motivo, si servono a profitto proprio od altrui di notizie avute a causa del loro ufficio, o ne danno comunicazione... se dal fatto può derivare pregiudizio alla società". También pueden ser sujetos activos de este delito los administradores judiciales y comisarios gubernativos (artículo 2636 C.c.), así como los administradores y liquidadores de los grupos europeos de interés económico (GEIE) (artículo 13 d.lg. de 23 julio 1991, núm.240). El delito sólo es perseguible a instancia de la sociedad, constituyendo el único delito no perseguible de oficio entre los que se prevén en materia de sociedades en el mismo Título. Una figura afín se prevé en el artículo 15 d.P.R. de 31 marzo 1975, núm.156, que sanciona la utilización o comunicación, por parte de los administradores y dependientes de la sociedad de revisión, de noticias relativas a la sociedad sometida a control.

En Alemania, tanto el parágrafo 85 GmbHG como el 333 HGB sancionan conductas consistentes en la lesión del deber de mantener el secreto. El primer artículo mencionado sanciona con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa al dueño del negocio, miembro del consejo de vigilancia o liquidador que revele sin autorización un secreto social, que ha conocido en el ejercicio de sus funciones (primer apartado); se prevé una agravación si el autor actúa por una contraprestación o con el propósito de enriquecerse a sí mismo o a otro, o de perjudicar a otro (segundo apartado). El delito sólo es perseguible a instancia de la sociedad (tercer apartado). Por su parte, el parágrafo 333 HGB sanciona al auditor de cuentas o al colaborador de un auditor de cuentas con la misma pena si revela sin autorización un secreto de la SA, de una empresa filial, de una empresa colectiva o de una empresa asociada, que haya conocido en tal calidad (primer apartado), previendo en su segundo apartado la misma agravación que el parágrafo 82 GmbHG. Nuevamente, el delito sólo es perseguible a instancia de la sociedad (tercer apartado).

informaciones desconocidas para la generalidad de los socios⁹¹⁰. En tal sentido se puede afirmar que la tutela penal del secreto social se caracteriza por la presencia de una conducta infiel del autor, constituyendo esa infidelidad el específico desvalor de acción que ha de integrar dicha figura delictiva⁹¹¹.

Ya hemos tenido ocasión de comprobar cómo la legislación mercantil impone a los administradores de sociedades un deber genérico de lealtad y fidelidad en el ejercicio de sus funciones, así como otro más específico de salvaguardar los secretos de la sociedad.

En algunos sectores específicos del Ordenamiento jurídico la ley impone el deber de secreto a personas determinadas por la función que desempeñan. Así, la Ley 13/ 1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España⁹¹², establece en su artículo 6⁹¹³ un deber de secreto que afecta a los miembros de los

⁹¹⁰Cfr. CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. pág.106; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.164; NUVOLONE: *Infedeltà patrimoniale*. cit. págs.444 y 449; TIEDEMANN en SCHOLZ: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 85, Rn.5; SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: *GmbH-Gesetz*. 15. Aufl. 1988, cit. § 85, Rn.12 (págs.1289 y siguiente).

⁹¹¹Cfr. NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.164. En el mismo sentido, vid. SEMINARA: *Insider trading e Diritto penale*. cit. pág.4. En referencia al delito contenido en el actual artículo 499 del Código penal español, vid. por todos BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.380.

⁹¹²BOE núm.131, de 2 de junio de 1994.

⁹¹³Artículo 6: "1. Los miembros de sus órganos rectores y el personal del Banco de España deberán guardar secreto, incluso después de cesar en sus funciones, de cuantas informaciones de naturaleza confidencial tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus cargos. La infracción de dicho deber se sancionará, en el caso del personal del Banco de España, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento interno del Banco; y, en el caso de los miembros de sus órganos rectores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29..."

órganos rectores y al personal del Banco de España, cuyas violaciones, "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes penales y en el artículo 25. 4 d) de esta Ley... serán sancionables con multas de hasta cincuenta millones de pesetas" (artículo 29⁹¹⁴).

La conducta del administrador que revela información sobre la sociedad mercantil que ha conocido en el ejercicio de su actividad profesional no siempre es encuadrable dentro del tipo de descubrimiento y revelación de secretos, regulado en el artículo 497 del actual Código penal⁹¹⁵, puesto que la revelación puede realizarse sin necesidad de apoderarse de los papeles o cartas de la sociedad.

El descubrimiento o revelación de secretos de la sociedad realizado por los administradores de sociedades mercantiles se puede incardinar actualmente tanto en el artículo 498 como en el artículo 499 del Código penal, con algunas matizaciones. El sujeto pasivo puede ser cualquiera, incluida la sociedad mercantil, mientras que el sujeto activo ha de estar ligado a

⁹¹⁴Artículo 29: "Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes penales y en el artículo 25. 4, d), de esta Ley, la infracción por los miembros de los órganos rectores del Banco del deber de secreto establecido en el artículo 6..., serán sancionables con multas de hasta cincuenta millones de pesetas. La sanción se graduará atendiendo a la naturaleza y entidad de la infracción, a la gravedad del peligro o perjuicio causado, a la conducta espontánea del infractor para subsanarla, y a las eventuales ganancias obtenidas como consecuencia de la infracción.

Corresponderá al Gobierno la imposición de la sanción previo expediente que, instruido por el Ministerio para las Administraciones Públicas, se sujetará a las reglas del procedimiento sancionador aplicable a los funcionarios. En todo caso, la incoación del expediente deberá efectuarse a propuesta o previo informe favorable del Consejo de Gobierno del Banco".

⁹¹⁵La conducta típica del artículo 497 se centra en el apoderamiento de los papeles o cartas, de forma que para la doctrina dominante basta con dicho apoderamiento, sin ser necesario el conocimiento o descubrimiento del secreto para la consumación del delito. Cfr. por todos BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 1986, cit. pág.106; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.157.

él por una relación de dependencia en condiciones que impliquen un depósito de confianza ("encargado, empleado u obrero", artículo 499)⁹¹⁶, o con base contractual ("administrador, dependiente o criado", artículo 498)⁹¹⁷. La doctrina no duda en admitir como sujetos activos del artículo 499 también a los administradores representantes del personal de la sociedad anónima, por su calidad de empleados, señalando que a los miembros del consejo de administración representantes del capital no parece posible entenderlos incluidos en el ámbito de sujetos activos por ausencia de la relación de dependencia⁹¹⁸. Sólo podrían ser sujetos activos del delito recogido en el artículo 498. Por otra parte, el artículo 499 del actual Código penal únicamente es aplicable al descubrimiento de secretos industriales⁹¹⁹, no abarcando por lo tanto la conducta de revelación de la información social que no tenga dicho carácter. No obstante, no resulta fácil conocer con precisión el significado del adjetivo "industrial". La doctrina ha mantenido tradicionalmente dos posiciones: a). RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ y GOMEZ SEGADE, entre otros, sostienen que el término "alude inequívocamente al momento de la producción de bienes de consumo"⁹²⁰, de forma que "los secretos industriales están conectados con la actividad técnico industrial de la empresa", mientras "los secretos comerciales

⁹¹⁶Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.380.

⁹¹⁷Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.335.

⁹¹⁸Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.380.

⁹¹⁹Cfr. CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.769; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.158.

⁹²⁰RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.336.

son los que se relacionan con el sector puramente comercial"⁹²¹. En este sentido, los secretos comerciales están excluidos del ámbito del artículo 499. b) Por otra parte, BAJO FERNANDEZ afirma que "secreto industrial" equivale a "secreto empresarial", integrando "1) los secretos atinentes al sector técnico industrial de la empresa..., 2) secretos relativos al sector puramente comercial de la empresa (listas de clientes, proveedores, cálculos de precios, etc.), 3) secretos pertenecientes a otros aspectos de la organización interna de la empresa y relaciones de la misma, cuyo conocimiento sería valioso para los competidores, pero que no representan un bien en sí mismos (relaciones de la empresa con el personal, situación financiera de la empresa, proyectos sobre celebración de contratos, etc.)"⁹²². Unicamente aceptando la tesis de BAJO cabría incluir, en la mayoría de los casos, la conducta de los auditores en el ámbito de aplicación del artículo 499 del Código penal⁹²³.

Requisito común de todos estos comportamientos de descubrimiento y revelación de secretos realizados por sujetos activos especiales es, como no podía ser menos, que el secreto haya sido obtenido a causa de las relaciones profesionales o laborales que el sujeto activo mantiene con el sujeto pasivo, pues si lo conoce por otros conductos la conducta es atípica⁹²⁴.

⁹²¹GOMEZ SEGADE, J. A.: **El secreto industrial**. Madrid, 1974, págs.56 y siguiente.

⁹²²BAJO FERNANDEZ: **Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial**. cit. pág.297; también BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.382 y siguientes.

⁹²³Esta polémica no tiene sentido con el texto del PCP de 1994, cuyo artículo 274 menciona ya los secretos de empresa. De esta forma, en la regulación del PCP no existe una necesidad dogmática de crear un específico delito societario.

⁹²⁴Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.335.

Ahora bien, también constituye una nota común de los delitos actualmente recogidos en el Código penal dedicados a este tema que la simple utilización del secreto sin descubrimiento no sea punible⁹²⁵. El comportamiento típico consiste en descubrir los secretos, verbo que la doctrina hace equivaler al "divulgare" de los artículos 497 y 498, y a la revelación del título general del capítulo⁹²⁶. No es ésta la tendencia seguida en el Derecho comparado, en el cual los tipos sancionan específicamente tanto el uso o la utilización del secreto en beneficio propio o ajeno como la divulgación o comunicación del mismo a terceros⁹²⁷.

Por último, se ha de tener en cuenta que los tipos hoy vigentes en el Derecho penal español no se aplican cuando cesa la relación jurídica entre el administrador, dependiente, criado, encargado, empleado u obrero y el principal, laguna de punibilidad denunciada insistentemente por la doctrina desde Groizard⁹²⁸.

⁹²⁵Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.381; GOMEZ SEGADE: *El secreto industrial*. cit. págs.374 y siguiente.

⁹²⁶Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.381; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. págs.335 y siguiente.

⁹²⁷En Italia, vid. el artículo 2622 C.c., y el comentario de CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. págs.108 y siguiente.

⁹²⁸Vid. por todos BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.380; CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. págs.769 y siguiente; GOMEZ SEGADE: *El secreto industrial*. cit. pág.377; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.159; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.337.

5. 4. 2. Excurso: el uso de información reservada obtenida por los administradores de sociedades mercantiles en el ejercicio de sus funciones.

Desde un punto de vista abstracto, que atienda a la necesidad dogmática de criminalización, debemos partir de que el sistema penal español no ofrece actualmente una respuesta adecuada a las prácticas constitutivas de "*insider trading*". Los comportamientos que bajo dicha rúbrica se cobijan únicamente podrían ser reprimidos en vía penal de manera indirecta, esto es, a través de un arsenal delictivo originalmente pensado para otros supuestos. Tal arsenal estaría constituido fundamentalmente por los delitos de falsedad documental, estafa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, revelación de secretos y uso indebido de información privilegiada por parte de los funcionarios públicos. No obstante, y como advierte, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO⁹²⁹, el más somero análisis de tales delitos confirma que el fenómeno del uso de información reservada en el mercado de valores permanece en nuestro Ordenamiento jurídico fuera de la órbita penal, salvo que se asocie a determinadas características cuya concurrencia es exigida por los referidos delitos como elementos típicos esenciales⁹³⁰.

El uso de una "*inside information*", de una información reservada, podría ser considerado una violación del secreto de la sociedad, entendiéndose su sanción penal como salvaguardia de la reserva referente a datos que no son objeto de la obligación de publicidad. Ahora bien, un tal punto de vista suscita ciertas perplejidades.

⁹²⁹RODRIGUEZ MOURULLO: La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal. cit. pág.242.

⁹³⁰Vid. ampliamente FARALDO CABANA: Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores. cit. en prensa.

En efecto, si la violación del secreto se produce solamente con la divulgación del mismo, quedan fuera de la disciplina penal del uso de información reservada tanto los casos de comunicación selectiva a un círculo restringido de personas, sin alcanzar un grado de notoriedad, como el mero uso directo de la información por parte del iniciado⁹³¹.

Se ha de descartar que la ratio de la regulación penal del "insider trading" pueda reconducirse a una relación de pertenencia, calificable como derecho de propiedad o cualquier otro derecho absoluto sobre un bien inmaterial, de la información privilegiada con la sociedad⁹³².

Ahora bien, constituye un tema discutido el que los deberes de lealtad y fidelidad que el Ordenamiento jurídico impone a los administradores de sociedades mercantiles se complementen con una prohibición de aprovechar el conocimiento de noticias sociales reservadas⁹³³.

Se afirma, en este sentido, que no es posible ver un delito de infidelidad patrimonial cuando no es lesionada la propia sociedad mercantil, sino únicamente los inversores y la confianza en el mercado de valores⁹³⁴. Conductas consistentes en el uso de informaciones reservadas para negociar con

⁹³¹Cfr. BARTALENA: L'abuso di informazioni privilegiate. cit. pág.23; RODRIGUEZ MOURULLO: La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal. cit. pág.245.

⁹³²Cfr. BARTALENA: L'abuso di informazioni privilegiate. cit. pág.18.

⁹³³Cfr. TIEDEMANN: Untreue bei Interessenkonflikten. cit. pág.324. En cuando a la controversia acerca de la existencia de una contrariedad al deber, vid. por todos DINGELDEY, T.: Insider-Handel und Strafrecht. Köln, 1983, pág.25.

⁹³⁴Cfr. TIEDEMANN: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. II. BT. 1976, cit. pág.141; del mismo autor: Untreue bei Interessenkonflikten. cit. págs.330 y siguiente.

títulos-valores que, a causa de la publicación de la información que el sujeto activo conoce previamente de manera confidencial, suben o bajan de valor, por regla general no serán perjudiciales para la sociedad. También puede hablarse de utilización de información reservada aun cuando los negocios se efectúen fuera del mercado de valores⁹³⁵.

En suma, el uso de información privilegiada sólo en ocasiones puntuales perjudica a la sociedad mercantil de la cual proviene la información. Su ámbito de sujetos activos no se reduce a los administradores o accionistas principales de la sociedad origen de la información. Estas razones abonan la conclusión de que se trata de una conducta no reducible al marco de los delitos societarios sino de alcance mucho más amplio, razón por la cual no corresponde aquí su estudio.

⁹³⁵Cfr. TIEDEMANN en SCHOLZ: Komm. zum GmbH-Gesetz. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 85, Rn.17; TIEDEMANN: Untreue bei Interessenkonflikten. cit. pág.331.

CAPITULO SEXTO

6. LOS DELITOS SOCIETARIOS EN ESPAÑA. LA PROYECTADA SOLUCION ESPAÑOLA DE CRIMINALIZACION.

6. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

El estudio de la evolución legislativa y pre-legislativa deviene fundamental en el tema aquí objeto de estudio. Como ha señalado oportunamente SAINZ CÁNTERO, "el instrumento histórico tiene poderoso valor en la interpretación de la norma porque el fenómeno jurídico es de naturaleza histórica, en el sentido de que por referirse a la conducta humana está íntimamente ligado a lo que ha sucedido en épocas anteriores"⁹³⁶.

El análisis de los delitos societarios, tal como aparecen hoy regulados en el PCP de 1994, no sería inteligible si prescindimos de sus antecedentes inmediatos, de orden legislativo y pre-legislativo. En efecto, en dos Proyectos de

⁹³⁶SAINZ CÁNTERO, J. A.: La ciencia del Derecho penal y su evolución. Barcelona, 1970, pág.23.

Código criminal del siglo XIX, de 1830 y 1834, bajo la rúbrica "Fraudes por abuso de confianza", se tipifica una serie de conductas constitutivas de lo que hoy se conoce como administración desleal del patrimonio ajeno, no circunscrita a la administración social fraudulenta. Los textos indicados no llegaron a entrar en vigor, pero ponen de relieve las hondas raíces de una preocupación doctrinal que todavía se manifiesta actualmente. Por otra parte, en el efímero Código penal de 1928 se recoge un artículo dedicado a la punición de las falsas comunicaciones sociales, de corta vigencia y nula aplicación, como veremos. Habrá que esperar más de medio siglo para que un Proyecto legislativo de Código penal vuelva a recoger una conducta semejante, además de otras ligadas al ámbito específicamente societario. El PCP de 1980 incluía una rúbrica dedicada a los delitos financieros, la cual, con cambios de contenido del articulado, se reitera en la PANCP de 1983. Ya bajo la rúbrica de "delitos societarios", se regulan en el PCP de 1992 y en el PCP de 1994.

Como vemos, la historia de los delitos societarios hasta su regulación en el PCP de 1994 es relativamente larga en cuanto a su origen, mas extraordinariamente parca en su desarrollo legal.

6. 2. LOS ANTECEDENTES PRE-LEGISLATIVOS DEL SIGLO XIX⁹³⁷.

⁹³⁷En Europa, las primeras disposiciones penales especiales en materia de sociedades mercantiles aparecen también a mediados del siglo XIX. En Francia, después de que llegaran a conocimiento público abusos y especulaciones que escandalizaron a la opinión, se introduce en la Ley 17 julio 1856, sobre las sociedades en comandita por acciones, la tutela penal en materia de balances falsos y distribuciones de dividendos ficticios, texto que constituye la primera disposición de Derecho penal societario en época moderna. En Inglaterra se introdujeron en el *Fraudulent Trustees Act* de 1857, que en las secciones 5ª a 7ª sancionaba con pena privativa de libertad las malversaciones y falsedades en los libros de contabilidad cometidas por los "*directors, officers and managers*" de las "*private corporations*" y "*public companies*". Por su parte, en Alemania las primeras normas especiales aparecen en el Código de Comercio presentado a la Dieta federal el 27 de

6. 2. 1. El Proyecto de Código criminal de 1830.

El Proyecto que ahora analizo lleva fecha de 7 de mayo de 1830⁹³⁸. Su elaboración encontró una fuerte oposición por parte de los absolutistas, cuyo principal motivo parece haber sido la restricción del fuero de la Iglesia, tanto respecto a los legos como a los religiosos⁹³⁹. Lo cierto es que, bien por la oposición despertada o por las intrigas de SAINZ DE ANDINO, quien ya estaba preparando su proyecto, el que tratamos no llegó a aprobarse, intentándose de nuevo, pero reformado, en 1834.

Dentro del Título 20°, que llevaba por rúbrica "de los fraudes por abuso de confianzas", se recogen los de los administradores o apoderados tanto de particulares como de sociedades, también cuando por su dolo se pierden los frutos, rentas o derechos de los mandantes, en los artículos 259 a 261⁹⁴⁰. El Título 20° formaba parte del Libro 1° del Código,

febrero de 1861.

⁹³⁸El Proyecto de Código Criminal de 1830 fue elaborado por una Junta creada al efecto por Real Orden de 30 de abril de 1829, y de la que formaron parte Esteban Asta, como presidente, Ramón López Peregrín, Joaquín Fernández Company y Pedro Sáinz de Andino como secretario con voto. Cfr. CASABO RUIZ, J. R. (estudio preliminar y edición): **El proyecto de Código Criminal de 1830**. Murcia, 1978, pág.7.

⁹³⁹CASABO RUIZ: **El proyecto de Código criminal de 1830**. cit. pág.8.

⁹⁴⁰López Pelegrín, uno de los coautores del Proyecto, proponía también la modalidad imprudente, pero al parecer dicha propuesta fue rechazada por la Junta. Cfr. CASABO RUIZ, J. R. (estudio preliminar y edición): **El Proyecto de Código criminal de 1834**. Murcia, 1978, pág.43. Reproducimos a continuación la redacción final:

Artículo 259: "Los administradores, o apoderados de comunidades o personas particulares que de cualquier manera cometan fraudes en provecho suyo o en perjuicio de sus constituyentes, serán condenados además del pago del importe del perjuicio, en otro tanto que se aplicará a sus principales, y en

el cual trataba "de los delitos y sus penas".

Los tres artículos que integran el Título 20° recogen la sanción de la administración fraudulenta de intereses ajenos, todavía hoy sin regulación en nuestro Derecho. El Proyecto los consideraba delitos privados, en cuanto causan "un daño o perjuicio puramente particular, sin trascendencia grave en las costumbres y en el orden público"⁹⁴¹. El Dictamen dirigido a Fernando VII por la Segunda Junta de Código criminal, nombrada por R. O. de 16 de junio de 1831 para revisar el Proyecto de Sainz de Andino y el Proyecto de la Primera Junta de 1830, se manifestó favorable a la regulación efectuada en el Título 20° que analizamos, señalando que "cada uno de estos (delitos) tiene su pena proporcionada"⁹⁴². Consecuentemente, la regulación se mantuvo en sus líneas sustanciales en el Proyecto de 1834.

quinientos ducados de multa por la primera vez; y por la segunda, doble multa y dos años de reclusión".

Artículo 260: "Cuando por prevaricación, colusión o dolo del administrador, se perdiesen en todo o en parte los frutos y las rentas o derechos de los mandantes, se les impondrá la pena de cuatro años de destierro, quedando además responsables de la indemnización de perjuicios que hubiesen causado a sus principales".

Artículo 261: "Las disposiciones contenidas en los dos artículos que preceden, se entenderán igualmente con los socios gerentes de las compañías de comercio, y con los mandatarios que toman a su cargo el cuidado de intereses ajenos".

⁹⁴¹En consonancia con esta calificación, establecía el artículo 431 que "En los delitos privados es peculiar de la parte agraviada el derecho de acusar, ejerciendo acumulativamente la acción penal y la civil si usare de la una y de la otra".

Durante la tramitación del Proyecto había alertado el ponente López Pelegrín a la Junta señalando que, frente a la severidad de las leyes contra los salteadores de caminos, contrastaba la general impunidad "de los que roban muchísimo más y con mayor malicia y seguridad". La Junta respondió con el propósito de "considerarlos como delitos y que tengan su debido lugar en el Código". Cfr. LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. 5. Codificación penal. Vol. I. Madrid, 1970, pág.199.*

⁹⁴²Cfr. LASSO GAITE: *Codificación penal. Vol. II. cit. pág.375.*

6. 2. 2. El Proyecto de Código criminal de 1834.

El Proyecto de 1834 constituye la última manifestación de la actividad codificadora de este período absolutista pues, aun coincidiendo con el inicio de la etapa liberal, su origen y gestación se encuentran en el sistema anterior⁹⁴³. Efectivamente, este Proyecto es el de 1830 con leves retoques que no afectan en manera alguna a sus principios informadores. También se puede decir lo mismo en la materia que analizamos, puesto que reaparece un Título VIII que contiene tres artículos y lleva por rúbrica "De los fraudes por abuso de confianza"⁹⁴⁴, dentro del Libro III, dedicado a los delitos privados⁹⁴⁵. La pormenorizada Exposición de Motivos del Proyecto señala que se castiga en los fraudes por abuso de confianza a quienes, desconociendo la obligación y gratitud con

⁹⁴³CASABO RUIZ: El Proyecto de Código criminal de 1834. cit. pág.2. El Proyecto fue redactado por una Junta nombrada por Real Orden de 9 de mayo de 1833, con el fin de revisar totalmente el Proyecto de Sáinz de Andino, que había sido rechazado por otra Comisión nombrada el 24 de junio de 1830.

⁹⁴⁴El contenido del Título VIII era el siguiente:

Artículo 411: "Los administradores o apoderados de corporaciones o personas particulares que de cualquier manera cometan fraudes en provecho suyo o en perjuicio de sus comitentes, serán condenados además del pago del importe del perjuicio, en otro tanto que se aplicará al fisco, y a seis meses de obras públicas por la primera vez, y por la segunda doble multa y dos años de los mismos trabajos".

Artículo 412: "Cuando por dolo o colusión del administrador se perdiesen o se disminuyesen en parte o en todo los frutos y las rentas o derecho de los mandantes, sufrirá la pena de dos a cuatro años de destierro, la indemnización de los perjuicios que hubiese causado a sus principales y la multa del duplo".

Artículo 413: "Las disposiciones contenidas en los dos artículos que preceden, se entenderán igualmente con los socios gerentes de las compañías de comercio y con los mandatarios que tomen a su cargo el cuidado de intereses y asuntos ajenos".

⁹⁴⁵Como indica el artículo 4 del Proyecto, son delitos privados "todos los que directamente se cometen contra la vida, honor y propiedades de los particulares". Se vuelve de este modo al sistema seguido por el Código penal de 1822.

que la confianza les estrecha al cumplimiento de su deber, "se entregan sin pudor al aliciente del sórdido interés destruyendo la buena fé, principal garantía de toda sociedad"⁹⁴⁶.

Con respecto a la regulación de las mismas conductas efectuada en el Proyecto de 1830, no se introducen novedades de fondo dignas de mención, sino ciertas precisiones terminológicas. En efecto, se sustituye el término "apoderados de comunidades" utilizado en el artículo 259 del texto de 1830 por "apoderados de corporaciones" en el artículo 411 del Proyecto de 1834, así como "constituyentes" por "comitentes". Respecto a las penas previstas en dichos preceptos, se mantiene la obligación del pago del importe del perjuicio, pero no la aplicación en otro tanto a sus principales, sino "que se aplicará al fisco"; asimismo, la pena de multa de quinientos ducados por la primera vez es sustituida por seis meses de obras públicas. En ambos artículos se contempla una agravante de reincidencia.

Las diferencias entre los contenidos de los artículos 260 del Proyecto de 1830 y 412 del Proyecto de 1834 son también nimias. En este último desaparece la alusión a la prevaricación, que se añadía al dolo o a la colusión del administrador en 1830. Por otra parte, aunque se amplía la graduabilidad de la pena de destierro (de cuatro años en el Proyecto de 1830 y de dos a cuatro años en el de 1834), se añade una pena de multa del duplo que no aparecía en el Proyecto más antiguo.

El artículo 413 recoge sin variación alguna la dicción del artículo 261.

⁹⁴⁶Cfr. CASABO RUIZ: El Proyecto de Código criminal de 1834. cit. págs.31 y siguiente.

6. 3. EL CODIGO PENAL DE 1928⁹⁴⁷.

Desconocido en los Códigos anteriores, el delito de falsas informaciones sociales, uno de los núcleos fundamentales de los delitos societarios, aparece por primera vez en nuestra legislación penal en el artículo 734 del Código penal de 1928⁹⁴⁸.

El artículo 734 formaba parte de la Sección II, "Delitos de estafa, chantage y otros engaños", del Capítulo IV, dedicado a los "Delitos de defraudación"⁹⁴⁹. Dicho Capítulo formaba

⁹⁴⁷El Gobierno del General Primo de Rivera encargó por una Real Orden de 12 de marzo de 1926 a la Comisión de Codificación la elaboración de un Proyecto de Código penal que reformara parcialmente el Código penal de 1870. En otoño de 1926 comenzó la Comisión a trabajar bajo la presidencia de Juan de la Cierva, formando parte de ella Quintiliano Saldaña y Eugenio Cuello Calón. El nuevo Código penal fue promulgado por Real Orden de 28 de septiembre de 1928, entrando en vigor el 1 de enero de 1929. Cfr. ANTON ONECA, J.: Los antecedentes del nuevo Código Penal. "RGLJ" 1929, págs.16 y siguientes.

⁹⁴⁸El Código penal de 1928 fue promulgado por Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928 por el General Primo de Rivera, estando vigente hasta el 15 de abril de 1931, cuando el Gobierno provisional de la Segunda República devolvió su vigencia al Código de 1870.

⁹⁴⁹El artículo 734 decía así: "El miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad anónima, o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas Sociedades, que en sus noticias o comunicaciones al público o en sus informes o proposiciones a la Junta de accionistas, consignare, con ánimo de defraudar, hechos contrarios a la verdad, será castigado con la pena de cuatro meses a un año de reclusión y multa de 5000 a 20000 pesetas".

El artículo 735 recogía una disposición común a todos los tipos comprendidos en la Sección II: "En todos los casos comprendidos en esta sección, siempre que sea apreciable el lucro obtenido o que se proponga obtener el culpable se impondrá, además de las penas personales señaladas en sus respectivos casos, la multa del tanto al triplo del mismo lucro, con aplicación de lo dispuesto en el art. 389".

Por su parte, el artículo 389 del mismo cuerpo legal indicaba que "las falsedades o falsificaciones comprendidas en este Título, serán castigadas con la multa del tanto al triplo del lucro reportado o podido reportar con ellas, además de la

parte a su vez del Título XIV, "Delitos contra la propiedad", del Libro II, "Delitos y sus penas", del Código penal de 1928. La existencia de este delito en el texto de 1928 ha sido calificada de "sorprendente", puesto que "anticipando extraordinariamente la línea de punibilidad, engloba en realidad dos tipos diferentes de peligro abstracto: uno, el genuino delito societario, en el que se protegía primariamente los intereses patrimoniales de los socios (informes o proposiciones a la Junta de accionistas); y otro, en el que se pretendía tutelar los intereses del público inversor en general (noticias o comunicaciones al público), al estilo de lo que se protege en el vigente delito de estafa de inversión de capital del art. 264 a) del StGB alemán"⁹⁵⁰. El injusto de la figura se consumaba con la mera transmisión de comunicaciones e informes contrarios a la verdad, siempre que se constataste la presencia del ánimo de defraudar⁹⁵¹.

En los Proyectos españoles de Código penal de finales del siglo XIX, a partir del de Silvela de 1884, se acoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fórmula resultado de un compromiso, según SALDAÑA, "entre la vieja doctrina de la responsabilidad individual y la moderna de la responsabilidad penal social"⁹⁵² es la consagrada en el

pena personal señalada a cada una.

Si esta multa fuera mayor que el mínimo de la señalada al delito, dejará de imponerse esta última.

Si fuera menor, se le impondrá la señalada al delito.

En ningún caso se impondrán las dos".

⁹⁵⁰MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.308, nota núm.119. Este autor considera que se trata de un delito de peligro abstracto para el patrimonio de los socios o de terceras personas.

⁹⁵¹Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.308.

⁹⁵²SALDAÑA: Estudio Preliminar. a la traducción española del libro de MESTRE, A.: Las personas morales y su responsabilidad penal. Madrid, s. f., pág.25. ANTON ONECA: Los antecedentes del nuevo Código penal. cit. págs.46 y siguientes, considera que se trata de uno de los aciertos del Código penal de 1928.

artículo 44 del Código penal de 1928⁹⁵³, reconociendo una suerte de responsabilidad criminal de los entes colectivos.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, destaca la incorporación al Código penal de las medidas de

⁹⁵³Artículo 44: "La responsabilidad criminal por los delitos o faltas es individual. Pero cuando los individuos que constituyen una entidad o persona jurídica, o formen parte de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, cometieren algún delito con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de la misma entidad, los Tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que pertenecen a la administración, podrán decretar en la sentencia la suspensión de las funciones de la entidad o persona jurídica, sociedad, corporación o empresa, o su disolución o suspensión, según proceda".

En la redacción final del artículo 44 apareció un párrafo nuevo, en defensa de la Administración pública ante la gestión de sus representantes: "Esta facultad no podrá ejercitarse sobre organismos administrativos del Estado, respecto a los cuales el Tribunal se limitará a dar cuenta al Ministro que corresponda".

La elaboración del concepto de autor ocupó bastante a la Sección, que sacó de la ponencia la referencia a las corporaciones o sociedades que delincan. Aclarando su ponencia sobre este punto, detalla Saldaña en su trabajo: **Capacidad criminal de las personas sociales**, que "la ponencia original, que hice por encargo de la Comisión General de Codificación, dividía la materia en dos artículos, el 70 (nuevo), donde se definía, como grado en la extensión de la responsabilidad criminal, la "Asociación", y el 71, que establecía el concepto legislativo de "responsabilidad social". Luego fueron refundidos en uno, el artículo 53: "Los que delinquen, estando constituidos en una entidad o persona moral, o formando parte de una Asociación o Empresa, son responsables como asociados, si las infracciones que cometieron fueron ejecutadas por los medios que la misma les proporciona, en términos que el delito resulte cometido a nombre, o bajo el amparo o en beneficio de la representación social. Son asimismo responsables criminales las mismas, aunque no sean ilícitas, si la infracción fue cometida por sus representantes legítimos o gestores, o en virtud de acuerdo tomado reglamentariamente por la Junta de gobierno, o por la mayoría de los miembros de la Asociación". Empero, la Comisión tachó el atrevimiento -sigue diciendo Saldaña-, volviendo al texto contradictorio de Silvela y de 1912 (ahora artículo 44)". Cfr. LASSO GAITE: Codificación penal. Vol. I. cit. págs.664 y siguiente.

seguridad postdelictuales⁹⁵⁴, las cuales, a partir del Anteproyecto de STOOSS de 1893, habían encontrado paulatina difusión como solución de compromiso⁹⁵⁵; junto a las que se fijan para las personas físicas autoras de faltas o delitos⁹⁵⁶, se señalan otras para aplicar a las personas jurídicas (sociedades, corporaciones o empresas)⁹⁵⁷. La

⁹⁵⁴Las medidas de seguridad que contempla el Código penal de 1928 son de carácter postdelictual, pues el artículo 90 dispone que se impondrán "como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de la pena". En el artículo 71 se limita el concepto de peligrosidad a la de carácter criminal: "El estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir, constituye peligro social criminal".

⁹⁵⁵Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: **Peligrosidad social y Estado de Derecho**. Madrid, 1981, pág.51. Como indica LASSO GAITE: **Codificación penal**. Vol. I. cit. pág.724, la defensa social impulsó a los redactores del Código penal de 1928 a desarrollar las medidas de seguridad, algunas de las cuales, consideradas como penas, estaban ya recogidas en el Código penal de 1870, como la caución de conducta, la publicación de las sentencias y la reclusión en manicomios.

El Título III, de la represión, se inicia con una disposición general (artículo 86) que establece que no se reputan penas la prisión preventiva, las medidas de seguridad, las correcciones gubernativas, las privaciones de derechos y las costas procesales. En efecto, las medidas de seguridad no son penas para el Código, sino complemento de ellas.

⁹⁵⁶Las medidas aplicables a las personas físicas, recogidas en el artículo 90, pueden ser privativas de libertad (retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles, internamiento en manicomio o en asilos y establecimientos especiales o de trabajo para los alcohólicos, toxicómanos y vagos), restrictivas de libertad (prohibición al reo de volver a residir en el lugar en que cometió el delito, o en que residan las víctimas y su familia, sumisión a vigilancia de la autoridad y expulsión de extranjeros), privativas de derechos (privación o incapacitación para el ejercicio de ciertos derechos civiles y suspensión de cargo, empleo, arte y oficio) y patrimoniales (caución, comiso, cierre temporal o definitivo del establecimiento que sirvió de medio a la comisión del delito, y publicación de la sentencia a costa del reo).

⁹⁵⁷Artículo 92: "Los Tribunales, en sus sentencias, además de las penas correspondientes al delito o falta castigado, podrán acordar, a su prudente arbitrio, con la limitación que establece el segundo párrafo del artículo 44, según los casos:

1º. La disolución o supresión de las entidades o personas jurídicas, Sociedades, Corporaciones o Empresas, cuando los individuos que las constituyan cometan varios delitos de

incorporación de tales medidas constituye el antecedente legislativo inmediato de la regulación que de las medidas de seguridad postdelictuales se hace en los textos pre-legislativos de 1980 y 1983, habiendo sido consideradas en su momento como la mayor innovación aportada por el Código gubernativo de 1928⁹⁵⁸.

Este único precedente de los delitos societarios desaparece pronto de nuestro Ordenamiento, puesto que el Código penal de 1932, y el subsiguiente de 1944, lo excluyen de su texto.

6. 4. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980.

El proceso democrático que culminó con la aprobación de la Constitución española de 1978 hizo sentir la necesidad de modificar el Código penal para acomodarlo al nuevo orden político. En los momentos en que España iniciaba una nueva etapa histórica se entendió que había llegado el momento de afrontar la tantas veces anunciada reforma total del sistema punitivo, elaborando un Código penal de nuevo cuño que "tuviese en cuenta, no sólo el cambio político, sino también las nuevas realidades sociales y los avances que ofrecen actualmente la

cualquier clase, o uno castigado con pena grave, o que produzcan alarma pública, utilizando para ello los medios que las mismas les proporcionen, en términos que resulten realizados al amparo o bajo el nombre o representación, o en beneficio de la entidad social.

2°. La suspensión de las entidades o personas jurídicas mencionadas, cuando sus individuos, utilizando los mismos medios, cometieren un delito de menor gravedad o una falta".

⁹⁵⁸ANTON ONECA, J.: **Derecho Penal. Parte General**. Madrid, 1949, pág.66. Vid. también BARBERO SANTOS, M.: **Política y Derecho Penal en España**. Madrid, 1977, págs.53 y siguientes; del mismo autor: **Las medidas de seguridad en el PLOCP**. en La Reforma penal y penitenciaria. cit. pág.98; TERRADILLOS BASOCO: **Peligrosidad social y Estado de Derecho**. cit. pág.50.

Dogmática penal, la Criminología y la Ciencia penitenciaria"⁹⁵⁹.

En este esfuerzo de modernización, aparece incluido en el Libro II del Proyecto un Título VIII dedicado a los "Delitos contra el orden socioeconómico"⁹⁶⁰, dentro del cual el Capítulo VI lleva por rúbrica "De los delitos financieros". Bajo dicha denominación un grupo de siete artículos sanciona la utilización de sociedades ficticias y de fachada (artículo 363), las falsas informaciones sociales (artículos 364 y 365), atentados a la integridad del capital social (artículo 366), la administración social fraudulenta (artículo 368), la consecución de mayorías ficticias (artículo 367) y el abuso de posición mayoritaria (artículo 369)⁹⁶¹.

⁹⁵⁹Exposición de Motivos del PCP de 1980.

⁹⁶⁰La agrupación bajo el citado rótulo de una serie de figuras delictivas, entre las que se encuentran los delitos financieros, fue calificada, conjuntamente con la regulación del sistema de penas y medidas, como la innovación más notable del Proyecto. Cfr. BARBERO SANTOS, M.: **Los delitos económicos en la legislación española**. "RFDUC" núm.72, Madrid, 1987, pág.111.

Con anterioridad sólo un Anteproyecto de Reforma del Código Penal, elaborado por la Comisión General de Codificación, había previsto algunos comportamientos similares bajo la denominación de delitos contra la economía pública. Vid. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Memoria Explicativa. Ministerio de Justicia, ed. en policopia, s.f., pág.76.

⁹⁶¹La dicción literal de los artículos que integran el Capítulo VI "De los delitos financieros" es la siguiente:

Artículo 363: "Los que se valieren de una sociedad mercantil para disimular, en perjuicio de otro, la verdadera actividad comercial a que se dedicaren o para eludir el cumplimiento de sus débitos personales, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses".

Artículo 364: "Los administradores o directores que, para ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen los balances, haciendo lucir u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas, o usando de cualquier otro artificio que suponga inflación o disminución de las partidas del activo o del pasivo, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses".

Artículo 365: "Los que, con propósito de revalorizar o depreciar las acciones o participaciones sociales, captar nuevas aportaciones de capital, conseguir créditos o consolidar los ya

La conducta sancionada en el artículo 363 no vuelve a aparecer en los siguientes proyectos legislativos, quizá como respuesta a las enmiendas de Minoría Catalana, Grupo Comunista y Coalición Democrática⁹⁶², que justificaron su supresión en razón de su falta de utilidad, puesto que consideraban que la conducta incriminada era ya constitutiva de delito fiscal, estafa, insolvencia fraudulenta o falsedades⁹⁶³. La aparición de este nuevo tipo delictivo podría resultar en consecuencia perturbadora. Por su parte, el Grupo Socialista propuso sustituir la expresión "eludir" por "eludir fraudulentamente",

obtenidos, publicaren datos falsos relativos a la situación real de una sociedad o a las personas de sus administradores, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses".

Artículo 366: "Los que, en perjuicio de otros o con ánimo de causárselo, aparentaren haber desembolsado el capital social suscrito mediante entregas ficticias o simulación o inflación de aportaciones en especie, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses".

Artículo 367: "Los que, abusando de firma en blanco o atribuyendo indebidamente el voto a quienes según la ley no les corresponde, consiguieren adoptar acuerdos sociales por una mayoría ficticia en contra de los intereses de la generalidad de los socios, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses".

Artículo 368: "Los administradores que, en perjuicio de los socios, utilizaren el capital o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa en la que, directa o indirectamente, estuvieren interesados, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituyere delito más grave".

Artículo 369: "Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses los que, prevaliéndose de su posición mayoritaria en una sociedad, le impongan condiciones abusivas o leoninas en su propio beneficio y en perjuicio de los restantes socios o de terceros interesados".

⁹⁶²Vid. enmiendas núms. 78, 1119 y 1595 al PCP de 1980. En sentido coincidente, vid. GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*. cit. pág. 478.

⁹⁶³STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág. 60, consideran que la segunda hipótesis del artículo 363 "constituye, realmente, una parcela propia de la problemática del alzamiento de bienes".

puesto que pertenece a la esencia de las SA y de las SRL el que el socio quiera eludir sus responsabilidades personales limitando las mismas al patrimonio aportado por la sociedad⁹⁶⁴.

Frente a la regulación previa de las falsas informaciones sociales, única figura societaria regulada por el Código penal de 1928, el Proyecto de 1980 amplía el elenco de conductas penalizadas, si bien restringe el ámbito de los sujetos activos⁹⁶⁵. Tal restricción ha recibido críticas, señalándose que la referencia al sujeto activo debería alcanzar a "las personas que en el ejercicio de la representación de una sociedad o como comerciantes individuales" realizan la acción típica⁹⁶⁶. La tutela penal del balance se convierte en pieza clave del Derecho penal societario⁹⁶⁷. Ahora bien, la escueta referencia legislativa a los balances ha sido muy criticada, puesto que la información societaria se hace pública a través

⁹⁶⁴Vid. enmienda núm.600.

⁹⁶⁵Mientras que el artículo 734 consideraba sujetos activos del delito de falsas informaciones sociales "el miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad anónima, o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas Sociedades", el artículo 364 hace referencia a "los administradores y directores" que falsearen los balances, en tanto que el artículo 365, que sanciona la publicación de datos falsos relativos a la situación real de una sociedad o a las personas de sus administradores, constituye un delito común.

La inclusión de los administradores y directores como sujetos activos estaba de acuerdo con el Anteproyecto de la LSA, en el cual aparecía junto al administrador una figura novedosa en nuestro Ordenamiento como era la del director general. La dirección podía ser unipersonal o colegiada, y sus funciones se recogían con gran precisión. Sin embargo, la doctrina echaba de menos otro órgano de importancia en el Anteproyecto de la LSA, como era el Consejo de vigilancia, de raigambre germánica. Como sabemos, tanto los directores como el Consejo de vigilancia desaparecieron del texto que se convirtió en el actual TRLSA de 1989.

⁹⁶⁶Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.67.

⁹⁶⁷TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.76.

de otros muchos documentos⁹⁶⁸, añadiéndose a ello que el balance está considerado documento mercantil, por lo que su falseamiento puede reunir los requisitos para constituir delito de falsedad en documento mercantil, resultando entonces superflua su específica contemplación⁹⁶⁹. La naturaleza del delito que examinamos es la propia de los delitos de intención y en concreto de resultado cortado. Durante su tramitación parlamentaria, el Grupo Minoría Catalana propuso su desaparición, al considerar que la individualización que efectúa conduce a "una inflación realmente preocupante de la parte especial del Código Penal..., creando figuras de delito financiero o económico que no existen en otros ordenamientos europeos"⁹⁷⁰.

El artículo 365 refleja la tutela penal de la veracidad en la información, la cual constituye hoy uno de los núcleos centrales del Derecho penal societario⁹⁷¹. La redacción del

⁹⁶⁸El artículo 2 de la Cuarta Directiva comunitaria sobre sociedades, 78/660/CEE, de 25 julio 1978, señala que "las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la Memoria. Estos documentos formarán una unidad".

STAMPA/ BACIGALUPO: **La reforma del Derecho penal económico español**. cit. págs.67 y siguiente, propusieron la incorporación de la hipótesis relativa "a los informes falsos de auditoría o de la propia censura de cuentas, tanto si esa falsedad es positiva como si consiste en omitir circunstancias relevantes para el informe".

⁹⁶⁹Vid. enmienda núm.1120, presentada por el Grupo Comunista. En el mismo sentido, cfr. GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal**. cit. págs.479 y siguiente.

⁹⁷⁰Vid. enmienda núm.79 al PCP de 1980. La última afirmación no es exacta, como hemos visto.

⁹⁷¹TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.70.

La enmienda núm.230, presentada por el Grupo Centrista-UCD, proponía como texto alternativo el siguiente: "Serán castigados con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, el que a sabiendas divulgue datos falsos sobre el titular, los directores, gerentes o representantes de una empresa o, sobre sus productos o servicios, que sean idóneos

tipo configura un delito de intención y, en concreto, de resultado cortado, "con propósito de revalorizar o depreciar las acciones o participaciones sociales, captar nuevas aportaciones de capital, conseguir créditos o consolidar los ya obtenidos". Por otra parte, "publicar" equivale a hacer notoria o patente una información por cualquier medio, siendo un término de notable amplitud. Esta amplitud del tipo se manifiesta de nuevo si se considera la diversidad de objetos sobre los que puede recaer la publicidad, y que el tipo no delimita.

El artículo 366 sanciona la conducta consistente en aparentar haber desembolsado el capital social suscrito mediante entregas ficticias o simulación o inflación de aportaciones en especie. Se trata de hechos relativos a la constitución de una sociedad y a las modificaciones de su capital⁹⁷². La expresión "en perjuicio de otros o con ánimo de causárselo" motivó la enmienda núm.1122, presentada por el Grupo Comunista, el cual alegó que tal redacción introducía una responsabilidad objetiva, por cuanto admite la responsabilidad penal por el perjuicio con independencia del ánimo, "aunque en realidad lo que pretende el proyecto es mezclar en un solo texto el resultado efectivo (tipo de lesión) y el simple peligro"⁹⁷³.

para dañarla gravemente en el desarrollo de sus negocios".

Se consideraba aconsejable precisar la redacción del artículo, refiriéndola a los casos de divulgación de datos falsos sobre el ámbito subjetivo u objetivo de una empresa, con intención de dañarla gravemente en el desarrollo de sus negocios.

⁹⁷²STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.60.

⁹⁷³Vid. un comentario más amplio en GOMEZ BENITEZ: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal. cit. pág.482. Para STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.60, se equiparan con esas expresiones la consumación (haber obrado "causando perjuicio a otros") y la tentativa (haber obrado "con ánimo de causárselo").

La conducta sancionada en el artículo 367 del Proyecto consiste en abusar de firma en blanco o en atribuir indebidamente el voto a quienes según la Ley no les corresponde, adoptando acuerdos sociales en contra de los intereses de la generalidad de los socios. Esta última frase, "intereses de la generalidad de los socios", fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina⁹⁷⁴, puesto que no se tiene en cuenta que en muchas ocasiones pocos socios detentan la mayoría del capital, a lo que se añade que en las sociedades mercantiles más importante que los intereses de la generalidad de los socios es el interés social.

El artículo 368 sanciona la administración social desleal. Algunos autores preconizaron la extensión del sujeto activo a todos los que tienen por alguna razón específica el manejo de bienes o fondos ajenos, con el fin de evitar conductas desaprensivas que se realizan dentro y fuera del ámbito societario⁹⁷⁵. En la redacción de este artículo se tomó el modelo de la *Untreue* alemana, regulada en el parágrafo 266 del StGB. La exigencia de que se utilice el capital social "en su propio provecho o en el de otra sociedad" en la que el administrador estuviese interesado reduce la aplicabilidad del precepto⁹⁷⁶.

El artículo 369, por último, tipifica la imposición de condiciones abusivas o leoninas a la sociedad mediante el prevalimiento de la posición mayoritaria que en ella se

⁹⁷⁴Vid. GOMEZ BENITEZ: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal. cit. págs.482 y siguiente; MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.118.

⁹⁷⁵Vid. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.14. La reducción del ámbito de los sujetos activos también fue criticada por la enmienda núm.1124, presentada por el Grupo Comunista.

⁹⁷⁶Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. págs.63 y siguiente.

disfruta. Se trata de un supuesto de abuso del derecho (artículo 7 C.c.) cuya antijuridicidad es indudable, si bien se ha puesto en duda la corrección de acudir a la vía penal para sancionarlo⁹⁷⁷.

En conclusión, y aunque la introducción de los delitos financieros en el PCP de 1980 merece en conjunto una valoración positiva, por cuanto trata de erradicar el fraude y otras prácticas ilegales especialmente graves del ámbito del tráfico mercantil e industrial, la doctrina ha criticado el hecho de que un gran número de las hipótesis delictivas de este capítulo sean meros delitos clásicos contra la propiedad⁹⁷⁸, cuyas dificultades de punición se deben únicamente a una redacción poco clara de los delitos de estafa y apropiación indebida⁹⁷⁹. La única posible justificación, según ciertos autores, de la existencia de un capítulo dedicado a los delitos financieros radica en el adelantamiento del momento de punición, esto es, en su configuración como delitos de peligro⁹⁸⁰. La demostración de la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo o de una lesión de intereses supraindividuales resultaría en la mayoría de los casos muy difícil, sirviendo los tipos de peligro como instrumento para facilitar la prueba. Ello ha dado lugar a la calificación de "desmesurado defensismo

⁹⁷⁷Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.65, quienes señalan que las sanciones civiles que se derivan del abuso del derecho no han demostrado todavía una ineficacia que imponga recurrir al Derecho penal.

⁹⁷⁸Vid. entre otros MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.116. Para GOMEZ BENITEZ: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal. cit. pág.477, "se trata de conductas claramente subsumibles en los tipos defraudatorios o falsarios generales".

⁹⁷⁹Vid. STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.14.

⁹⁸⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.141; MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.119.

penal"⁹⁸¹, aplicada a la regulación de los delitos financieros en el PCP de 1980.

Debo hacer aquí una breve referencia al elenco de penas y medidas de seguridad previstas en el Proyecto para los delitos económicos. Las penas privativas de libertad y la multa son acompañadas en el texto de 1980 de medidas de seguridad tales como la clausura de establecimientos, disolución de sociedades, prohibición de realizar ciertas actividades, pérdida de beneficios fiscales, publicación de la sentencia, etc., que el artículo 153 reservaba para los delitos contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio⁹⁸². Se ha tenido en cuenta que muchos de los delitos previstos se cometen por medio o en nombre de personas jurídicas, previniéndose que la medida de seguridad pueda imponerse no sólo al agente sino también a la persona o empresa por él representada; este es el sentido del artículo 132 del Proyecto⁹⁸³, que admite la

⁹⁸¹GOMEZ BENITEZ: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal. cit. pág.477.

⁹⁸²Enmiendas socialistas y comunistas solicitaron no circunscribir el ámbito del precepto a los delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio, ampliándolo a todos los previstos en el Código y en leyes especiales; el grupo centrista se conformaba, en cambio, con que se incluyera el tráfico de drogas. A favor de la previsión restrictiva se manifestó RODRIGUEZ RAMOS, L.: **Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el PCP. "La Ley" 1980, pág.1006.**

⁹⁸³Este artículo fue objeto de enmiendas durante la tramitación parlamentaria. El Grupo Coalición Democrática postuló convertirlo en el párrafo segundo del artículo 3, pues de este modo el párrafo primero de dicho precepto programático (está en el Título preliminar "De las garantías penales y de la norma penal") expresaría que no hay pena sin culpabilidad ni medida de seguridad "sin peligrosidad criminal del autor" "de un hecho previsto como delito" (contenido éste último del artículo 131, que obviamente también debería desplazarse), y el segundo párrafo sería la excepción o matización de esta última previsión, diciendo que "no obstante, podrán ser sometidas a medidas de seguridad...", ya que por definición esas personas jurídicas no han podido ser "autor de un hecho previsto como delito".

También puede resultar clarificadora una enmienda comunista a este mismo precepto, en la que, manteniéndose la posibilidad

imposición de medidas de seguridad a los entes colectivos⁹⁸⁴.

6. 5. LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL DE 1983.

La PANCP de 1983 constituye un segundo intento de reforma total del Código penal. El Título XII, "De los delitos socio-económicos"⁹⁸⁵, contiene un Capítulo IV que, a semejanza de la regulación efectuada en 1980, responde a la rúbrica "De los delitos financieros".

de aplicar medidas a las personas jurídicas, se modifica levemente la redacción para que se destaque que la aplicación de tales medidas tiene su causa en los delitos y en la peligrosidad de quienes, en el seno de dichas entidades, fueron los autores de las infracciones. Igualmente parece acertada la enmienda presentada separadamente por el Grupo Socialista y por el Partido Socialista de Cataluña, solicitando la inclusión de las fundaciones junto con las "asociaciones, empresas o sociedades", al ser también personas jurídicas con potencial eficacia criminal. Cfr. RODRIGUEZ RAMOS: **Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el PCP**. cit. pág.1006.

⁹⁸⁴En la propia Memoria Explicativa se manifiesta que, en relación a las medidas de seguridad, tal vez la mayor novedad sean las tres medidas que se dedican a Asociaciones y Sociedades, que van desde su disolución hasta la prohibición de determinadas operaciones, pasando por la suspensión de actividades. Vid. un comentario crítico de la aceptación de la "peligrosidad" de las personas jurídicas efectuada por el Proyecto en BARBERO SANTOS: **Las medidas de seguridad en el PLOCP**. cit. págs.107 y siguiente. Por su parte, BAJO FERNANDEZ, M.: **Los delitos contra el orden socioeconómicos en el PCP**. "RFDUC" núm.3, 1980, pág.25, alega a favor de la regulación del Proyecto que se trata de un juicio de peligrosidad "no dirigido al autor, sino al objeto (en este caso, la empresa) con el que opera".

⁹⁸⁵Según PEDRAZZI: **El bien jurídico en los delitos económicos**. cit. págs.289 y siguiente, la nueva rúbrica revela una inspiración más criminológica que propiamente jurídica, la cual se manifiesta en que el criterio unificador de los delitos contenidos en el Título se basa en la vinculación de una serie de manifestaciones criminales con la actividad económica, y en particular con la actividad de la empresa.

El contenido que se recogía bajo esa rúbrica en 1980 no fue trasladado íntegramente a la regulación efectuada en 1983⁹⁸⁶, la cual efectúa notables modificaciones sugeridas por la doctrina y por las enmiendas que al PCP de 1980 dirigieron los diversos grupos parlamentarios.

⁹⁸⁶El Capítulo IV del Título XII de la PANCP contiene los siguientes artículos:

Artículo 294: "1. Los administradores o directores que, para ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen los balances, reflejando u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, y causen de esta manera un perjuicio a otros, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. En las mismas penas incurrirán los que publicaren datos falsos relativos a la situación real de una sociedad o a las personas de sus administradores, con el propósito de revalorizar o depreciar las acciones, captar nuevas aportaciones de capital, conseguir créditos o consolidar los ya obtenidos, si con ello causaren perjuicio a otro, y, de no causarlo, serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no se aplicará si el hecho constituyere delito más grave".

Artículo 295: "Los que, causando un perjuicio a otro, aparentaren haber desembolsado todo o parte del capital social suscrito o la cuantía fijada legalmente como obligatoria, o bien aparentaren revalorizaciones por plusvalías, serán castigados con prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituya delito más grave".

Artículo 296: "Los que, prevaleándose de su posición mayoritaria en una sociedad, abusando de firma en blanco o atribuyendo indebidamente el voto a quienes según la Ley no les corresponda, adoptaren acuerdos sociales por una mayoría ficticia, contrarios al interés u objetivo social y en perjuicio de los restantes socios, y los ejecutaren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses".

Artículo 297: "1. Los administradores o directores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los valores o capital que administren, dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrayeren obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el artículo 247.

2. Las penas previstas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior, cuando los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas".

La más llamativa de estas modificaciones es, quizá, la no inclusión en la PANCP del artículo 363 del PCP de 1980, que sancionaba la utilización de sociedades ficticias y de fachada⁹⁸⁷.

Con respecto a la tutela de la veracidad de las informaciones sociales, la PANCP recoge en el artículo 294. 1 la fórmula que empleara el artículo 364 del PCP de 1980 con algunas innovaciones terminológicas⁹⁸⁸, e incorpora una novedad de fondo, puesto que requiere que se "causen de esta manera un perjuicio a otros"⁹⁸⁹. En cuanto a las sanciones previstas en este artículo, baja el límite inferior de la pena de prisión con relación a la regulación de 1980⁹⁹⁰. El artículo 294. 2 refleja el 365 del Proyecto de 1980, con dos modificaciones: se elimina la alusión a las "participaciones

⁹⁸⁷TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.848.

⁹⁸⁸Se sustituyen "haciendo lucir" por "reflejando", "inflación" por "aumento", "partidas del activo o del pasivo" por "partidas contables".

⁹⁸⁹Vid. en sentido crítico KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.208, quien considera difícil la prueba de la relación de causalidad entre la falsificación del balance y los perjuicios ocasionados. En el mismo sentido, TIEDEMANN: *Poder económico y delito*. cit. pág.47, quien cree que "la crítica de algunos dogmáticos penales alemanes contra el uso de tipos de peligro abstracto en el campo de los delitos económicos y de la empresa parece haber influido a los autores del reciente proyecto español (se refiere a la Propuesta de 1983) en forma desmedida, hasta el punto que, aun en delitos clásicos de peligro abstracto como el balance falso, se postula además la existencia de un daño". Añade el mismo autor que ello supone un atraso, que únicamente puede explicarse "en el sentido de que sus autores (los de la Propuesta) desconocen la importancia de los balances y de las otras informaciones comerciales en las sociedades industriales modernas. Querer aunar la incriminación de balances falsos e informaciones comerciales erróneas a la existencia de un daño, como sugiere el art.294, hace superflua tal regulación. Hubiera sido más acertado no hacer toda esta reglamentación y remitirse a la estafa para casos como éste".

⁹⁹⁰En el PCP de 1980 se preveía una pena de prisión de uno a tres años y multa, mientras que en la PANCP la pena de prisión es de seis meses a tres años, acompañada también por multa.

sociales", lo cual restringe el ámbito de aplicación de la norma; y se exige que las actuaciones sancionadas causen perjuicio a otro, previéndose la sola imposición de multa si no se causaren⁹⁹¹. El párrafo tercero del artículo 294 constituye una novedad de la regulación de 1983.

El artículo 295 de la PANCP acoge, introduciendo matices mínimos de redacción, la enmienda presentada por el Grupo comunista al artículo 366 del Proyecto de 1980⁹⁹², que sancionaba algunos ataques a la integridad del capital social.

El artículo 296 de la PANCP procede a la refundición de los artículos 367 y 369 del Proyecto de 1980, atendiendo en este aspecto a las enmiendas del Grupo comunista⁹⁹³ y, de forma parcial, a las de Coalición Democrática⁹⁹⁴. La conducta era en uno y otro artículo merecedora de la misma pena, tratándose en ambos casos de abusos en interés propio, contrarios al interés social, por parte de quienes gozan de posición preeminente en el seno de la sociedad. El delito se consuma aunque el perjuicio no se produzca⁹⁹⁵. La referencia a "los intereses de la generalidad de los socios" del artículo

⁹⁹¹BACIGALUPO ZAPATER: *Notas sobre la PANCP*. cit. pág.74, ha criticado la exigencia del propósito de revalorizar o depreciar las acciones de una sociedad, considerando que debería ser suficiente con el conocimiento por parte del autor de la falsedad de los datos publicados. Desde este punto de vista, el delito se configuraría como un delito de peligro, careciendo entonces de significación que se produzca o no un perjuicio a otro.

⁹⁹²La enmienda núm.1122 proponía como nueva redacción del artículo 366 la siguiente: "Los que, causando un perjuicio a otro, aparentaren haber desembolsado todo o parte del capital social suscrito o la cuantía fijada legalmente como obligatoria, o bien aparentaren revalorizaciones para plusvalías, serán penados con prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que constituya delito más grave".

⁹⁹³Enmiendas núms.1122 y 1125.

⁹⁹⁴Enmiendas núms.1596 y 1598.

⁹⁹⁵Cfr. BARBERO SANTOS: *Los delitos económicos en la legislación española*. cit. pág.117.

367 del Proyecto se sustituye por "el interés u objetivo social" en la redacción del artículo 296, asumiendo las duras críticas formuladas por la doctrina⁹⁹⁶, mientras que la expresión "en perjuicio... de terceros interesados" utilizada en el artículo 369 se elimina en la redacción de 1983.

También la conducta castigada en el artículo 297 arranca de una enmienda del Grupo comunista al PCP de 1980 en su artículo 368⁹⁹⁷. Como señala TERRADILLOS, "se ha ampliado el marco de los sujetos activos -que son ahora administradores y directores y no sólo aquéllos-, de las víctimas -que en el Proyecto de 1980 eran los socios- y se ha extendido el ámbito de protección al patrimonio de afectación"⁹⁹⁸. La PANCP requiere el resultado de lesión patrimonial, "con perjuicio de los socios", con más claridad que el Proyecto. Se configura así un delito de administración social fraudulenta⁹⁹⁹. El apartado segundo recoge una agravación de las penas, que se impondrán en su mitad superior, "cuando los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas", lo cual constituye una novedad en la regulación de este delito con respecto a la redacción anterior.

En el marco de las medidas de seguridad, las que preveía el Proyecto de 1980 para personas jurídicas pasan en la Propuesta a considerarse "consecuencias accesorias", incluidas,

⁹⁹⁶Vid. *supra*.

⁹⁹⁷La enmienda núm.1124 proponía como nueva redacción del artículo 368 del PCP de 1980 la siguiente: "Los directores o administradores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los valores o capital que administran, dispongan de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contraigan obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de uno a tres años y multa de seis a veinticuatro meses".

⁹⁹⁸TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.860.

⁹⁹⁹STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.63.

como el comiso, en el mismo Título VII del Libro I. Como señala MIR PUIG¹⁰⁰⁰, "se entiende que la medida de disolución de una Sociedad -por poner un ejemplo- tiene análoga naturaleza que el comiso de un arma: en ambos casos se pretende privar de un instrumento peligroso del que se sirven las personas físicas para la comisión de delitos".

Una de las más notables diferencias que separan las figuras societarias previstas en el PCP de 1980 de las recogidas en la PANCP de 1983 radica en que en ésta se exige la causación de un perjuicio¹⁰⁰¹. Esta decisión político-criminal, aunque alabada por algunos autores¹⁰⁰², puede provocar ciertos problemas: se dice, en tal sentido, que "en el ámbito financiero la complejidad de las relaciones y de las situaciones puede hacer extremadamente difícil la demostración de un daño efectivo"¹⁰⁰³, y que "el empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión, y en tanto la prohibición se refiera directamente a bienes jurídicos claramente determinados"¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁰MIR PUIG, S.: **El sistema de sanciones en la PANCP de 1983**. "DJ" núms.37/40, I, cit. pág.190.

¹⁰⁰¹En este sentido, cfr. entre otros BARBERO SANTOS: **Los delitos económicos en la legislación española**. cit. pág.117. En sentido crítico, vid. PEDRAZZI: **El bien jurídico en los delitos económicos**. cit. págs.295 y siguiente.

¹⁰⁰²Vid. por ejemplo PEDRAZZI: **El bien jurídico en los delitos económicos**. cit. pág.295. Alega este autor que "crear delitos de mera actividad significaría dar vida a figuras delictivas puramente formales, privadas de un contenido lesivo tangible".

¹⁰⁰³PEDRAZZI: **El bien jurídico en los delitos económicos**. cit. pág.296.

¹⁰⁰⁴Vid. la novena recomendación del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en El Cairo en 1984.

Por otra parte, y de modo semejante a lo dicho con respecto al PCP de 1980, se sigue poniendo en duda que "en la nueva regulación de los delitos financieros que se propone el Proyecto cubra realmente lagunas de punibilidad que se hayan puesto de manifiesto ya anteriormente por la doctrina y la jurisprudencia"¹⁰⁰⁵. Se considera que, en todo caso, los delitos societarios constituyen subespecialidades de los delitos de estafa, apropiación indebida, etc., siendo más apropiada su regulación en el mismo Título que estas figuras patrimoniales.

6. 6. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992.

El Proyecto presentado por el Gobierno en 1992 contiene un Capítulo XV, encabezado con la rúbrica "De los delitos societarios", dentro del Título XII, "Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico". La sustitución del adjetivo "financieros" por "societarios" obedece a las críticas que efectuó la doctrina al primero¹⁰⁰⁶, mientras que la refundición de los delitos patrimoniales y de los delitos contra el orden socio-económico en un solo Título parece deberse al difícil deslinde entre las figuras que deben aparecer en un Capítulo u otro, provocado por la existencia de figuras mixtas patrimoniales-económicas¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.117.

¹⁰⁰⁶Se dice así que, al no poderse configurar un bien jurídico protegido uniforme en los tipos propuestos a su amparo, al menos la nueva alude al ámbito de realización de los hechos punibles. Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. Ponencia presentada a las Jornadas de Derecho Penal Económico "Hacia un Derecho Penal Económico Europeo" (Madrid, 1992). pág.12.

¹⁰⁰⁷Vid. Exposición de Motivos del PCP de 1992. No obstante, GONZALEZ RUS: Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómicos en el Proyecto de Código Penal de 1992. cit. pág.167, estima que, "sin desconocer la razón que asiste a tales

Destaca como novedad en el estudio del sujeto activo la referencia en el PCP de 1992 a "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil", frente a la mención en los textos pre-legislativos anteriores de "los administradores o directores".

El artículo 299 recoge la figura de las falsas comunicaciones sociales en los mismos que términos en que aparecía en el Anteproyecto de 1992¹⁰⁰⁸, con la única salvedad de que el límite inferior de la pena privativa de libertad, de seis meses en el artículo 293 del Anteproyecto de Código penal¹⁰⁰⁹, se eleva en el Proyecto a un año.

Los antecedentes de este precepto se hallan en los artículos 364 del PCP de 1980 y 294. 1 de la PANCN de 1983, si bien el primero presentaba una formulación más casuística y el segundo, aunque más técnico, era también demasiado enumerativo¹⁰¹⁰. En el texto de 1992 no se exige la intención de "ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera

consideraciones, parece necesario convenir, sin embargo, en que la distinción entre una clase y otra de delitos resulta útil, precisamente para evitar los problemas de interpretación y aplicación que el proyecto pretende conjurar con el tratamiento unificado".

¹⁰⁰⁸Artículo 299 del PCP de 1992: "Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

¹⁰⁰⁹El inciso final del artículo 293 del Anteproyecto de 1992 señala que "serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

¹⁰¹⁰Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.184.

situación real de la entidad", prevista en dichos artículos del PCP de 1980 y de la PANCP de 1983. Por otra parte, la existencia del resultado típico consistente en causar "de esta manera un perjuicio a otros" en la PANCP de 1983 se sustituye por un elemento subjetivo del injusto, "para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero"¹⁰¹¹. No es concebible la comisión culposa, puesto que la finalidad del sujeto activo de causar un perjuicio la hace imposible¹⁰¹². La delimitación del objeto material sobre el que recae la acción de falsear también ha sido modificada, puesto que se refiere ahora a "las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad", mientras que en los proyectos anteriores se aludía a "los balances" (artículo 364 del PCP de 1980 y 294. 1 de la PANCP de 1983).

El artículo 300 del PCP de 1992, coincidente por completo con el 294 del Anteproyecto¹⁰¹³, tiene sus antecedentes inmediatos en los artículos 365 del PCP de 1980 y 294. 2 de la PANCP. Se ha simplificado la redacción, puesto que no se hace referencia a la posibilidad de que los datos falsos aludan "a

¹⁰¹¹La enmienda núm.763 del Grupo parlamentario IU-IC propone la supresión de dicho inciso, por entender que las falsedades dolosas encierran todos los requisitos para ser punibles sin necesidad de ulteriores finalidades.

¹⁰¹²Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.187.

¹⁰¹³La dicción literal es la siguiente: "1. Los que, para causar un perjuicio a la sociedad, a cualquiera de sus socios, o a un tercero, publicaren datos falsos relativos a la situación de una compañía mercantil, o aparentaren tener en ella participación distinta a la real, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, y multa de seis a doce meses.

2. Si el hecho fuera cometido por un administrador, de hecho o de derecho, se impondrá al autor, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años".

las personas de sus administradores"¹⁰¹⁴; no se precisa el resultado típico consistente en el perjuicio de otro, ni "el propósito de revalorizar o depreciar las acciones, captar nuevas aportaciones de capital, conseguir créditos o consolidar los ya obtenidos", elemento subjetivo del injusto, éste último, que se sustituye por otro: "para causar un perjuicio a la sociedad, a cualquiera de sus socios, o a un tercero"¹⁰¹⁵. No es preciso para la consumación del delito que el pretendido perjuicio se haya conseguido¹⁰¹⁶. El sujeto activo de esta figura delictiva es indiferenciado, como da a entender la expresión utilizada, "los que...".

El apartado segundo del artículo 300 del PCP de 1992 prevé la imposición de una pena de inhabilitación especial "si el hecho fuera cometido por un administrador", lo cual no aparecía en los proyectos anteriores.

Este artículo 300 fue objeto de una enmienda de supresión, presentada con el núm.1116 por el Grupo Popular, "por respeto al principio de intervención mínima que dice inspirar este Proyecto".

El artículo 301 del PCP de 1992 recoge supuestos de toma de acuerdos sociales lesivos de los intereses sociales¹⁰¹⁷,

¹⁰¹⁴Vid. una justificación de este hecho en MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios en el PLOCP**. cit. pág.187, quien señala que "los datos falsos que puedan publicarse referentes a los administradores, incluso la atribución de tal carácter a personas que no desempeñen dicho cargo, nunca puede presentar la trascendencia de la propalación de datos falsos sobre el ente social...".

¹⁰¹⁵La enmienda núm.764 del Grupo parlamentario IU-IC propone su supresión, con idéntica motivación a la ya expuesta al reflejar el contenido de su enmienda núm.763.

¹⁰¹⁶Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios en el PLOCP**. cit. pág.189.

¹⁰¹⁷Artículo 301: "1. Los que, maliciosamente, y en su condición de administrador de una Sociedad mercantil, o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma,

que se corresponden con el artículo 295 del Anteproyecto, si bien se han producido algunos cambios¹⁰¹⁸. El párrafo segundo de este artículo ha tenido precedentes en los artículos 367 y 369 del PCP de 1980, así como en el 296 de la PANCP de 1983. La separación en dos párrafos distintos del prevalimiento de posición mayoritaria y de la creación de mayorías ficticias a través de cualquier procedimiento recoge la crítica que efectuaron BACIGALUPO y TERRADILLOS a la redacción del artículo

adopten o respalden con su voto un acuerdo contrario al interés social que cause un grave perjuicio económico a la compañía, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de seis a veinticuatro meses y, en todo caso, con inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.

2. La misma pena se impondrá si el acuerdo lesivo hubiera sido adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente careciesen del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tuvieran reconocido por la legislación mercantil, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante".

La supresión del adverbio "maliciosamente" fue propuesta por la enmienda núm.765 del Grupo parlamentario IU-IC, por entender que adiciona un elemento subjetivo que complica la persecución penal de estos hechos.

La enmienda núm.1117 del Grupo Popular, por su parte, propone la siguiente redacción:

"Los que, con ánimo de defraudar y prevaleándose de su condición de administrador de una sociedad mercantil o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma, adopten o respalden con su voto un acuerdo manifiestamente ilegal cuya finalidad sea causar un grave perjuicio económico a la compañía en beneficio propio, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de seis a veinticuatro meses y, en todo caso, con inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

¹⁰¹⁸El Anteproyecto aludía a quienes "prevaleándose de su condición de administrador... o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno", mientras que ahora se hace referencia a quienes "en su condición" de tales realizan la conducta tipificada. Por último, junto al "interés" mencionaba al "objetivo social", lo cual fue eliminado en la redacción del Proyecto. El apartado segundo del artículo 295 se corresponde totalmente con el apartado segundo del artículo 301 del Proyecto.

296 de la PANCP de 1983¹⁰¹⁹. También fruto de la crítica de TERRADILLOS¹⁰²⁰ es la inclusión entre las modalidades de obtención de una mayoría ficticia de la que consiste en negar ilícitamente el ejercicio del derecho de voto a quienes lo tuvieran reconocido por la legislación mercantil. Sujeto pasivo de este delito es la propia sociedad, aunque mediatamente puedan resultar afectados socios y acreedores, puesto que el acuerdo adoptado ha de ser contrario al interés social y causar un grave perjuicio económico a la compañía¹⁰²¹. El precepto no admite la comisión culposa.

La administración desleal del patrimonio social se regula en el artículo 302 del PCP de 1992, que coincide con la redacción del artículo 296 del Anteproyecto¹⁰²². La redacción

¹⁰¹⁹Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *Notas sobre la PANCP*. cit. pág.74; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.859. En efecto, el que abusa de una posición mayoritaria que realmente tiene podría cometer algún delito, pero en todo caso éste no sería el de adoptar decisiones por una mayoría ficticia. Si la mayoría es ficticia, el autor no se puede haber prevalido de una posición mayoritaria; si su posición era mayoritaria la mayoría no fue ficticia.

¹⁰²⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.859.

¹⁰²¹Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: *Los delitos societarios en el PLOCP*. cit. pág.190.

¹⁰²²Artículo 302: "1. Los administradores, de hecho o de derecho, de una Sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la Sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de éstos, o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.

2. La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador utilizase el capital o bienes de la Sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior".

La enmienda núm.1118 del Grupo Popular propuso la modificación de la redacción, por razones de mejora técnica, en el siguiente sentido:

"1. Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, con

de este artículo recoge la propuesta de BACIGALUPO de ampliar la punibilidad a toda disposición indebida en perjuicio de la sociedad y de los socios¹⁰²³, puesto que el artículo 368 del PCP de 1980, antecedente de la figura delictiva que analizamos, tan sólo aludía al "capital o los beneficios sociales", mientras que el artículo 297 de la PANCP de 1983 se asemejaba más a la redacción actual, previendo, no obstante, la limitación de la punibilidad a los casos en que los administradores o directores dispusieron en beneficio propio de bienes de la sociedad¹⁰²⁴. La ampliación del número de sujetos pasivos, de los socios que mencionaba el PCP de 1980, a la sociedad, socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital, responde a las amplias críticas doctrinales efectuadas contra la redacción de 1980. Se objeta, sin embargo, que no existe razón alguna suficiente para que sólo sea punible la acción que afecta al patrimonio denominado de afectación, y no la que atañe a cualquier otro

abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.

2. La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador cometiese el delito a que se refiere el párrafo anterior sin causar los perjuicios descritos en el mismo".

¹⁰²³Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: Notas sobre la PANCP. cit. pág. 73.

¹⁰²⁴El artículo 302 del PCP de 1992 añade la actuación en beneficio de un tercero a la efectuada en beneficio propio, así como la actuación en perjuicio de la sociedad a la efectuada en perjuicio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los valores o capital administrados. Por otra parte, el hecho punible se comete disponiendo de los bienes, valores o capital, mientras que en la PANCP de 1983 se aludía a la disposición de propiedades sociales o del patrimonio de afectación. Desaparece en la redacción actual la referencia que el artículo 297. 1 de la Propuesta hacía al concurso de leyes con la apropiación indebida.

administrado por terceros¹⁰²⁵. No obstante, ha desaparecido en la redacción actual la agravación de la pena "cuando los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas" (artículo 297. 2 de la PANCP), si bien se prevé una rebaja de la pena si no se causan los perjuicios descritos en el primer párrafo.

Sin precedentes en los proyectos españoles de Código penal, el artículo 303 sanciona el negar o impedir de forma reiterada y dolosa el ejercicio efectivo de ciertos derechos que la legislación mercantil otorga a los socios¹⁰²⁶, en los mismos términos que se recogían en el artículo 297 del Anteproyecto¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.193.

¹⁰²⁶Artículo 303: "Los que, como administradores, de hecho o de derecho, de una Sociedad mercantil, maliciosa y reiteradamente, negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes, serán castigados con pena de multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

La enmienda núm.1119 del Grupo Popular propuso, por razones de mejora técnica, la siguiente redacción:

"Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil, maliciosa y reiteradamente, negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos reconocidos a éste por la legislación mercantil, causándole un perjuicio no reparable por las vías previstas en la legislación reguladora de la sociedad de que se trate, serán castigados con pena de multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

¹⁰²⁷La aparición de este artículo parece deberse a la crítica que TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.859, formuló a la redacción del artículo 296 de la PANCP de 1983, señalando que se podría añadir a las conductas típicas (abuso de firma en blanco y atribución indebida del voto a quienes según la Ley no les corresponde) las de impedir indebidamente la participación y consiguiente ejercicio del voto en la asamblea a los socios con derecho al mismo, "pues la conducta merece idéntica valoración que la de atribuir indebidamente voto a quien no le corresponde". El pre-legislador opta por crear un delito que sancione todas estas conductas atentatorias de los derechos

Una de las principales innovaciones de la redacción dada a los delitos societarios en el PCP de 1992 se recoge en el artículo 304¹⁰²⁸, sin antecedentes en el Anteproyecto del mismo año. La exigencia de querrela de los perjudicados o del Ministerio Fiscal¹⁰²⁹ configura una condición de procedibilidad de difícil justificación en la materia que nos ocupa¹⁰³⁰, como veremos posteriormente.

También dentro del Capítulo dedicado a los delitos societarios aparece, en el artículo 305 del PCP de 1992, la regulación penal del uso de información privilegiada en el mercado de valores¹⁰³¹, sin precedentes en los proyectos

de los socios.

¹⁰²⁸Artículo 304: "Los hechos descritos en los artículos precedentes del presente Capítulo, sólo serán perseguibles a querrela de los perjudicados o del Ministerio Fiscal, que la interpondrá solamente cuando se aprecie peligro para intereses de terceros o generales".

¹⁰²⁹La enmienda núm.1120, presentada por el Grupo Popular, propuso la supresión del inciso "... o del Ministerio Fiscal...", por entender que "los delitos o son perseguibles a instancia de parte o de oficio, pero no deben existir figuras mixtas".

¹⁰³⁰Vid. por todos MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. págs.201 y siguiente.

¹⁰³¹Artículo 305: "1. Quien, de forma directa o por persona interpuesta, usare de una información privilegiada relativa a cualquier mercado organizado, oficial o reconocido, y obtuviere, como consecuencia de su negociación, un resultado o provecho superior a setenta y cinco millones de pesetas, será castigado con las penas de prisión de uno a seis años e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de cinco a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que hubiere sido previamente sancionado por la conducta descrita en el párrafo anterior, por el Organismo competente encargado de la supervisión del mercado de valores, aunque la cuantía o provecho no alcance la indicada anteriormente.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer la privación de los beneficios obtenidos a los responsables de este delito o a la persona física o jurídica por cuya cuenta hubieren actuado.

3. No se procederá criminalmente por la conducta descrita en el apartado primero de este artículo, hasta tanto se haya concluido el expediente sancionador incoado por el Organismo competente encargado de la supervisión de los mercados de

anteriores. La regulación del Proyecto no se asemeja, en absoluto, a la que se efectuó en el Anteproyecto¹⁰³², sin ser justificable su inclusión entre los delitos societarios en la redacción actual: si el Anteproyecto contemplaba como sujetos activos a los administradores, el artículo 305. 1 del Proyecto no restringe el círculo de posibles sujetos activos, que pueden ser cualesquiera; si el primer texto exigía prevalimiento, el Proyecto no; en cuanto al objeto, el artículo 298. 1 se refiere "títulos representativos del capital social de compañías mercantiles con cotización en los mercados oficiales de valores", mientras que el Proyecto hace alusión a "cualquier clase de valores o instrumentos negociados en cualquier mercado organizado, oficial o reconocido"¹⁰³³. Se trata de dos textos que persiguen finalidades distintas, puesto que si el Anteproyecto tipificaba cualquier utilización de información privilegiada en el ámbito societario, el Proyecto no se limita a las actuaciones llevadas a cabo en dicho ámbito, si bien reduce su aplicación al señalar como límite entre la infracción administrativa y la penal la obtención, como consecuencia de la negociación, de un resultado o provecho superior a setenta

valores, el cual y en estos casos, absteniéndose de imponer sanciones, remitirá lo actuado al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las facultades de éste para instar la iniciación o conclusión de tal expediente".

¹⁰³²El artículo 298 del Anteproyecto de 1992 regula el delito de uso de información privilegiada dentro del ámbito societario, en los siguientes terminos: "1. Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que, prevaleándose de una información privilegiada, y con perjuicio de la sociedad, de sus socios, de terceros o del libre juego del mercado, adquieran o transmitan, por sí o mediante personas o entidades interpuestas, con ánimo de lucro, títulos representativos del capital social de compañías mercantiles con cotización de los mercados oficiales de valores, serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses.

2. Si los hechos se conocieren en el ejercicio de la profesión o actividad del culpable, se impondrá, además, la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

¹⁰³³Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.196.

y cinco millones de pesetas. Este es el precepto que ha merecido mayor atención por parte de los Grupos parlamentarios en el trámite de enmiendas, dentro del conjunto de los delitos societarios¹⁰³⁴.

Por último, es procedente resaltar que, además de las penas tradicionales de prisión y multa, se prevé en el texto de 1992 una pena principal de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo, que no aparecía en los proyectos anteriores¹⁰³⁵.

6. 7. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1994.

El PCP presentado en septiembre de 1994 introduce notables modificaciones en la regulación de los delitos societarios efectuada por el PCP de 1992, volviendo en determinados casos a los términos propuestos por el Anteproyecto de aquel año.

El Capítulo XIV, "De los delitos societarios", del Título XII, "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", contiene seis artículos, del 292 al 297, de entre los cuales se aprecian significativas ausencias.

Desaparece del catálogo de delitos societarios la conducta típica consistente en publicar datos falsos relativos a la situación de una sociedad mercantil o aparentar tener en ella participación distinta a la real, tradicional en la historia

¹⁰³⁴Vid. enmiendas núm.76 del Grupo Mixto-UV, núm.622 del Grupo CDS, núm.766 del Grupo IU-IC, y núms.1121, 1122 y 1123 del Grupo Popular.

¹⁰³⁵La imposición de dicha pena se regula en los artículos 299, párrafo segundo de los artículos 300, 301, 302, 303 y 305 del PCP de 1992.

pre-legislativa española¹⁰³⁶.

De mayor significación es la desaparición del delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores del Capítulo destinado a los delitos societarios. Se regula, a nuestro juicio más correctamente, en los artículos 281 a 283¹⁰³⁷ del Capítulo XI, "De los delitos relativos a la

¹⁰³⁶Un tipo semejante aparecía ya en los artículos 365 del PCP de 1980, 294. 2 de la PANCP de 1983, 294 del Anteproyecto de 1992 y 300 del PCP de 1992. No obstante, su excesiva amplitud y su solapamiento con el delito societario de falsedad en el PCP de 1992 fue criticada por MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios en el PLOCP**. cit. pág.189.

¹⁰³⁷Artículo 281: "1. Quien de forma directa o por persona interpuesta abusare de alguna información confidencial, relativa a cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que hubiera tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional, obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con las mismas penas señaladas en el número anterior, quienes hubieren suministrado la información confidencial a otro, aunque no hicieren uso de la misma en beneficio propio o de un tercero.

3. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, cuando en las conductas descritas en los dos apartados anteriores, concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1º) Cuando los sujetos se dedicaren de forma habitual a tales prácticas abusivas.

2º) Cuando el beneficio obtenido sea de notoria importancia.

3º) Cuando se causare grave daño a los intereses generales".

Artículo 282: "Los jueces o tribunales impondrán la privación de los beneficios obtenidos a los responsables de los delitos descritos en el artículo anterior o a la persona física o jurídica por cuya cuenta hubieren actuado".

Artículo 283: "En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado".

propiedad industrial, al mercado y a los consumidores"¹⁰³⁸. Puesto que ya no se regula entre los delitos societarios, prescindo aquí de un comentario en profundidad sobre los cambios efectuados en su redacción.

Se mantiene la redacción del delito consistente en falsear las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, ahora regulado en el artículo 292¹⁰³⁹, en los mismos términos que en el PCP de 1992¹⁰⁴⁰, con la única salvedad de no mencionar entre las sanciones que corresponde imponer la de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria. Esta omisión se hace extensiva a todos los tipos societarios.

Las conductas constitutivas de abuso de posición mayoritaria, obtenida de forma lícita o utilizando medios fraudulentos, se tipifican en dos artículos distintos. Como ya hemos visto, la PANCP de 1983 procedió a la refundición en un mismo precepto, el 296, de los artículos 367 y 369 del PCP de 1980, atendiendo en este aspecto a las enmiendas del Grupo

¹⁰³⁸Capítulo que comparte con los delitos contra la propiedad industrial, de apoderamientos de datos para descubrir o revelar un secreto de empresa, de revelación de secreto de empresa, de detracción de materias primas o productos de primera necesidad del mercado, de publicidad engañosa y de alteración de los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia.

¹⁰³⁹Artículo 292: "Los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses".

¹⁰⁴⁰Como ya hizo con respecto al artículo correspondiente del PCP de 1992, el Grupo Federal IU-IC, en la enmienda núm.770, solicita la supresión del inciso "... para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero", por entender que "las falsedades dolosas encierran todos los requisitos para ser punibles, sin necesidad de ulteriores finalidades. Si se exigen en este caso, se privilegia esta falsedad documental respecto de las genéricas".

comunista¹⁰⁴¹ y, parcialmente, a las de Coalición Democrática¹⁰⁴². La unificación, correcta en tanto que la conducta era en uno y otro artículo acreedora de idéntico juicio negativo, y en ambos casos se trataba de abusos en interés propio, con perjuicio social, por parte de quienes gozaban de posición preeminente en la sociedad, dio lugar a ciertos equívocos denunciados en su día por la doctrina penal¹⁰⁴³. Se propuso en consecuencia simplificar la redacción y distinguir el prevalimiento de posición mayoritaria y la creación de mayorías ficticias a través de cualquier procedimiento, entre los que el abuso de firma en blanco o la atribución indebida de votos serían sólo dos ejemplos¹⁰⁴⁴. Dicha propuesta se tradujo en un artículo dividido en dos apartados tanto en el Anteproyecto de 1992 (artículo 295) como en el Proyecto del mismo año (artículo 301), optándose en el PCP de 1994 por tipificar la conducta en dos artículos distintos pero íntimamente relacionados (293 y 294).

Se modifica el delito de abuso de posición mayoritaria obtenida lícitamente con respecto a la redacción del PCP de 1992, aproximándola a la que en su día ofrecía el Anteproyecto de 1992. En efecto, el artículo 293 del PCP de 1994¹⁰⁴⁵, a semejanza del artículo 295 del Anteproyecto de 1992¹⁰⁴⁶,

¹⁰⁴¹Enmiendas núms.1122 y 1125.

¹⁰⁴²Enmiendas núms.1596 y 1598.

¹⁰⁴³Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *Notas sobre la PANCP.* cit. pág.72; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros.* cit. pág.859.

¹⁰⁴⁴TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros.* cit. pág.859.

¹⁰⁴⁵Artículo 293: "Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en una compañía, impusieren acuerdos abusivos, con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios, y sin que reporte beneficios a la misma, serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años, o multa de doce a veinticuatro meses".

¹⁰⁴⁶Artículo 295: "1. Los que, maliciosamente, y prevaliéndose de su condición de administrador de una sociedad mercantil, o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno

utiliza como núcleo de la conducta típica los verbos "prevalerse" e "imponer". El sujeto activo ha de prevalerse únicamente de su situación mayoritaria en una compañía, sin hacerse mención alguna a la condición de administrador o a que la posición mayoritaria haya de ser "en un órgano de gobierno" de la sociedad¹⁰⁴⁷. El prevalimiento constituye el medio utilizado por el sujeto activo para imponer acuerdos abusivos, evitándose así el uso de la expresión "contrarios al interés social", que había dado lugar a críticas por su inconcreción¹⁰⁴⁸.

El artículo 293 exige la presencia en el autor de un elemento subjetivo del injusto, "con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios", mientras que en el PCP de 1992 sólo se mencionaba que la adopción o el respaldo del acuerdo contrario al interés social debían tener lugar "maliciosamente". Se configura así un delito de resultado cortado que no precisa la efectiva causación del perjuicio para entenderse consumado, diferenciándose también en este punto de la regulación del PCP de 1992, que regulaba un tipo de lesión¹⁰⁴⁹.

La exigencia de que el acuerdo abusivo, adoptado prevaleciendo el sujeto activo de su situación mayoritaria en una compañía, y con la finalidad de lucrarse en perjuicio de

de la misma...". Es en el artículo 296 de la PANCP de 1983 donde por primera vez se hace referencia al prevalimiento.

¹⁰⁴⁷Como preceptuaba el artículo 301 del PCP de 1992. Por su parte, el artículo 295. 1 del Anteproyecto de 1992 señalaba que el sujeto activo se prevalía de su condición de administrador de la sociedad mercantil, o bien de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma.

¹⁰⁴⁸Cfr. SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas. cit. marginal 397.

¹⁰⁴⁹Vid. críticamente SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas. cit. marginal 397.

los demás socios, no reporte beneficios a la misma, se configura como una condición objetiva de punibilidad.

Las sanciones previstas, pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, coinciden con las del PCP de 1992, con la ausencia, ya indicada, de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria.

Este artículo ha sido objeto de una enmienda de supresión presentada por el Grupo Parlamentario Vasco¹⁰⁵⁰, que la justificó señalando que "para estos casos bastan las acciones de impugnación de acuerdos sociales. Introducir un tipo penal del tenor que se pretende es fomentar las <<querellas societarias>> entre socios mal avenidos, con fines espúreos al proceso penal".

El artículo 294 del PCP de 1994 tipifica el abuso de posición mayoritaria obtenido de forma ilícita¹⁰⁵¹. La redacción es semejante a la del apartado segundo del artículo 301 del PCP de 1992, si bien se incluye una coletilla antes no existente, "y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito", que estimamos perturbadora. En efecto, si procedemos a analizar qué otro delito sería de aplicación a las modalidades típicas que sanciona el artículo 294 el primero que salta a la vista en el propio Capítulo XIV es el 295. Este precepto castiga con pena de multa de seis a doce meses el negar o impedir a un socio,

¹⁰⁵⁰Vid. enmienda núm. 74.

¹⁰⁵¹Artículo 294: "La misma pena del artículo anterior se impondrá si el acuerdo lesivo hubiera sido adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente careciesen del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tuvieran reconocido por la legislación mercantil, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito".

maliciosa y reiteradamente, el ejercicio, entre otros, de los derechos de participación en la gestión, entre los cuales se halla el derecho de voto. Se produce así un solapamiento entre la negación ilícita del ejercicio del derecho de voto a quienes lo tienen reconocido por la legislación mercantil, como modalidad típica de obtención de mayoría ficticia de la que se prevale el sujeto activo para imponer un acuerdo abusivo a la sociedad, y la negación maliciosa y reiterada del mismo derecho como conducta típica sancionada autónomamente en el artículo 295 con pena de multa de seis a doce meses.

La remisión a "la misma pena del artículo anterior" ha sido criticada por el Grupo Federal IU-IC que, en la enmienda núm.771, solicita su sustitución por "la pena señalada en el artículo 292", por entender que "se trata de conductas fraudulentas más próximas a la falsedad del artículo 292, que al abuso de mayorías del artículo 293".

El artículo 295 del PCP de 1994¹⁰⁵², como he adelantado, sanciona las perturbaciones reiteradas y maliciosas del ejercicio de los derechos de los socios por parte de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil. El límite superior de la pena de multa es inferior al previsto en el artículo 303 del PCP de 1992¹⁰⁵³, su antecedente inmediato, a lo que se añade la desaparición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria.

¹⁰⁵²Artículo 295: "Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil, maliciosa y reiteradamente, negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes, serán castigados con pena de multa de seis a doce meses".

¹⁰⁵³Este artículo castigaba la misma conducta con las penas de multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años. La enmienda núm.399, presentada por el Grupo Popular, solicitó la imposición de esas mismas penas en el artículo 295 del PCP de 1994.

La enmienda núm.399, presentada por el Grupo Popular, ha propuesto dos cambios de redacción fundamentales en el precepto que estudiamos: en primer lugar, la ampliación del objeto de la acción, al sustituir la especificación de qué derechos deben ser negados o impedidos por la expresión "el ejercicio de los derechos reconocidos a éste por la legislación mercantil"; en segundo lugar, la conducta delictiva ha de causar al socio "un perjuicio no reparable por las vías previstas en la legislación reguladora de la sociedad de que se trate".

La administración social fraudulenta, con notables cambios de redacción y contenido, aparece tipificada en el artículo 296 del PCP de 1994¹⁰⁵⁴.

Se incluye por primera vez en la regulación de este delito la exigencia de que el sujeto activo obre "con abuso de confianza"¹⁰⁵⁵. El núcleo de la conducta típica se simplifica notablemente al reducirse a la causación de un perjuicio, evitando farragosas descripciones de las modalidades de acción¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁴Artículo 296: "Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que con abuso de confianza, causaren un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa de doce a veinticuatro meses".

¹⁰⁵⁵La enmienda núm.400, presentada por el Grupo Popular, propone sustituir dicha expresión por la de "abuso de las funciones propias de su cargo".

¹⁰⁵⁶Vid. las expresiones utilizadas en el PCP de 1980 (artículo 368: "los administradores que... utilizaren el capital o los beneficios sociales..."), en la PANCP de 1983 (artículo 297: "los administradores o directores que... dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrayeren obligaciones a su cargo..."), en el Anteproyecto de 1992 (artículo 296: "los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil que... dispongan de éstos (bienes, valores o capital que administren) o contraigan obligaciones a su cargo...") y en el PCP de 1992 (artículo 302, semejante al 296 del Anteproyecto).

La enmienda núm.400, presentada por el Grupo Popular,

Se reduce el círculo de sujetos pasivos con respecto a la redacción de 1992, puesto que ahora se limita "a la sociedad o a alguno de los socios", mientras que en el artículo 302 del PCP de 1992 se aludía, como sabemos, al "perjuicio de la Sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren". Aparecen así, de nuevo e inexplicablemente, las lagunas de punibilidad que ya fueron denunciadas por la doctrina al hilo del estudio del PCP de 1980¹⁰⁵⁷ y que se corrigieron, al menos parcialmente, en la PANCP de 1983¹⁰⁵⁸.

El administrador ha de pretender la obtención de un beneficio propio, de algún socio o de un tercero, elemento subjetivo del injusto ya previsto en el artículo 302 del PCP de 1992, que incluía sin embargo a los socios entre los terceros, expresión genérica que indudablemente permitía que fueran abarcados.

Desaparece el tipo atenuado del artículo 302. 2 del PCP de 1992, aplicable "si el administrador utilizase el capital o bienes de la Sociedad en beneficio propio o de un tercero,

propone una redacción semejante a la del Anteproyecto de 1992: "... dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta...".

¹⁰⁵⁷Vid. por ejemplo GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal.** cit. pág.484, quien afirmaba que la mera alusión al perjuicio de los socios deja "fuera la mayoría de los delitos <<bancarios>> en perjuicio, fundamentalmente, de los depositarios, etc., o los cometidos en el marco de las sociedades de cartera, de inversión mobiliaria o inmobiliaria, etc.".

¹⁰⁵⁸Vid. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros.** cit. pág.860.

La enmienda núm.400, del Grupo Popular, propuso la siguiente redacción: "... causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren...".

sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior"¹⁰⁵⁹.

Por último, el PCP de 1994 establece alternativamente una pena de prisión o una de multa, mientras que el PCP de 1992 las preveía como conjuntas. La entidad de la pena de prisión no ha variado, continúa siendo de seis meses a cuatro años, pero se ha incrementado la de la multa, antes de seis a doce meses y ahora de doce a veinticuatro meses, lo que se justifica al poder ser impuesta como pena única. Desaparece la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años¹⁰⁶⁰.

El artículo 297 del PCP de 1994¹⁰⁶¹ exige de nuevo la interposición de querrella como condición de procedibilidad¹⁰⁶². La querrella puede ser interpuesta por los perjudicados o sus representantes legales. La intervención del Ministerio Fiscal se limita a dos supuestos: que los

¹⁰⁵⁹Ya SERRANO GOMEZ: **Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas.** cit. marginal 398, afirmaba que estos comportamientos debían "quedar fuera del Derecho penal y castigados con sanciones administrativas, como dispone el artículo 133. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas".

¹⁰⁶⁰Su inclusión es solicitada por la enmienda núm.400, presentada por el Grupo Popular, que propone como penas del delito de administración social fraudulenta "pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años".

¹⁰⁶¹Artículo 297: "Los hechos descritos en el presente Capítulo, sólo serán perseguibles mediante querrella de los perjudicados, o de sus representantes legales. En el caso de incapaces, menores y ausentes o cuando se aprecie peligro para los intereses generales, también podrá interponer querrella el Ministerio Fiscal".

¹⁰⁶²La supresión de este artículo fue solicitada por la enmienda núm.772, presentada por el Grupo Federal IU-IC, justificándose en que "los bienes jurídicos afectados son de la suficiente entidad, como para no dejar a la iniciativa particular la posibilidad de su persecución".

perjudicados sean incapaces, menores o ausentes, supuesto para el cual creemos que basta con la alusión en la oración anterior a los representantes legales, o cuando se aprecie peligro para los intereses generales¹⁰⁶³.

La enmienda núm.615, presentada por el Grupo Socialista, ha propuesto la introducción de un artículo 295 *bis* del siguiente tenor: "Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, maliciosa y reiteradamente negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

La creación de este nuevo precepto se justifica en la "necesidad de prever tal supuesto".

¹⁰⁶³Se suprime la perturbadora referencia que hacía el artículo 304 al "peligro para intereses de terceros". No obstante, vid. la crítica de SERRANO GOMEZ: **Responsabilidad penal de los administradores de sociedades y auditores de cuentas**. cit. marginal 399, sobre la dificultad de determinar las situaciones de peligro.

UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Servicio de Bibliotecas



1700744362

Universidad de La Coruña
Facultad de Derecho

Tesis Doctoral

Los Delitos Societarios.
Presupuestos de su Criminalización en España.

Patricia Faraldo Cabana

PARTE SEGUNDA

5

CAPITULO SEPTIMO

7. PARTE GENERAL.

7. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

En las páginas que siguen analizaré con cierto detenimiento los problemas fundamentales de Parte general que plantea el estudio de los delitos societarios. Con esta observación ya se pone de relieve que no pretendo un análisis exhaustivo de todos los aspectos de Parte general que se pueden plantear en esta materia, sino de aquellas cuestiones en cuyo estudio se han puesto de manifiesto ciertas peculiaridades, como pueden ser el bien jurídico, los tipos de peligro o los tipos de omisión.

Es obvio que quedan muchas cuestiones en el tintero. Sin embargo, otra opción hubiera supuesto extender este trabajo hasta límites desproporcionados, además de tratar temas que sólo tangencialmente presentan novedades una vez puestos en relación con los delitos societarios.

7. 2. LA RUBRICA: "Delitos financieros" versus "delitos

societarios".

Tanto el capítulo VI del Título VIII del PCP de 1980 como el capítulo IV del Título XII de la PANCP de 1983 respondían a la rúbrica "de los delitos financieros". Una primera crítica doctrinal alcanzó dicha denominación, que arranca de una de las pocas monografías españolas sobre el tema: **El delito financiero. Su repercusión en el crédito y en la economía**, de A. RODRIGUEZ SASTRE. El propio autor entendía como tales "todos aquellos actos fraudulentos realizados con el deseo de obtener un beneficio en perjuicio de tercera persona y los que atacan a la fe comercial"¹, aludiendo en concreto a los delitos de falsedades y contra la propiedad, siempre que tuvieren incidencia en el tráfico mercantil.

Años más tarde, en 1969, la expresión es retomada en otra obra monográfica, **Los delitos financieros en la jurisprudencia española**, de J. L. HEREDERO. Por delito financiero entendía HEREDERO "la violación del deber de subordinación al interés propio de las sociedades mercantiles y al interés económico del Estado en la medida en que estos intereses contribuyen a la estructuración del orden público económico"², y consideraba que bajo dicha denominación correspondía examinar las sociedades ficticias y de fachada, el tratamiento penal de los grupos de sociedades, el abuso de bienes sociales, la protección penal del voto, el abuso del crédito de la sociedad, el delito contra el interés general del ahorro, el delito contable, el reparto de dividendos ficticios y la exageración fraudulenta de aportaciones sociales.

Como se puede observar, el concepto de "delitos

¹RODRIGUEZ SASTRE: **El delito financiero**. cit. págs.15 y siguiente.

²HEREDERO: **Los delitos financieros en la jurisprudencia española**. cit. pág.7.

financieros" ofrecido por RODRIGUEZ SASTRE se aproxima más al de delitos socio-económicos, a los que se dedicaban los Títulos VIII del PCP de 1980 y XII de la PANCP de 1983, que al de un concreto capítulo que recoge figuras delictivas cometidas en el marco de las sociedades mercantiles³, mientras que la monografía de HEREDERO sí se circunscribía al ámbito societario.

En un esfuerzo de precisión terminológica, STAMPA/ BACIGALUPO, por un lado, y TERRADILLOS BASOCO, por otro, preconizaron en su día la sustitución de la rúbrica de los capítulos VI del PCP y IV de la PANCP por la de "delitos societarios"⁴. Y ello en tanto en cuanto, al ser difícil encontrar una fórmula sintética que designe el bien jurídico concretamente protegido, es preferible una denominación que al menos aluda al ámbito de realización de los hechos punibles, de manera semejante a lo que se hace en otros capítulos del Código penal. Como ha señalado oportunamente BACIGALUPO ZAPATER, los llamados "delitos financieros" no tienen ninguna relación con las finanzas, siendo así que la materia que en

³TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.847. Efectivamente, el adjetivo "financiero", según la Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa-Calpe, se emplea para aludir a todo lo concerniente a las finanzas, vocablo que se define, a su vez, como "la ciencia que trata de esta materia, que es la que se relaciona con el crédito público o el grado de confianza que inspira un Estado o su Gobierno".

No obstante, en el Diccionario de la Lengua Española se afirma que el adjetivo financiero indica "perteneciente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles". Esta acepción se adecúa más con el contenido del capítulo que analizamos, salvo que entendamos la referencia a la hacienda pública en un sentido amplio como equivalente al orden económico. En esta dirección, el Diccionario básico jurídico Comares recoge dos acepciones del adjetivo "financiero": perteneciente o relativo a la hacienda pública y perteneciente o relativo a la banca, asuntos económicos. Vid. infra la referencia a la Memoria explicativa del PCP de 1980.

⁴STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.55; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.847.

ellos se regula es la de los "delitos societarios", es decir, la de los hechos punibles vinculados con la fundación y administración de sociedades⁵.

Ahora bien, ya la Memoria explicativa del PCP de 1980 indicaba que "hay que advertir que la expresión financiero no se utiliza aquí en su acepción de relativo a la Hacienda Pública, como fácilmente se deduce de la existencia dentro del mismo Título de otro Capítulo, que lleva precisamente el epígrafe de Delitos contra la Hacienda Pública, sino en su significado relativo a los grandes negocios mercantiles. Se trata, en definitiva, de lo que un sector doctrinal denomina delitos societarios, es decir, delitos cometidos al amparo o valiéndose de la estructura y organización de sociedades mercantiles".

Parecen, pues, un tanto apresuradas las críticas efectuadas por la doctrina a la rúbrica "delitos financieros". Se utilizaba en ella uno de los posibles significados del adjetivo "financiero", como referente a los grandes negocios mercantiles, al mundo empresarial o de los negocios⁶.

Por otra parte, es harto discutible que en buen castellano el adjetivo "societario" haga referencia al ámbito de las sociedades mercantiles⁷. La influencia de la doctrina italiana

⁵BACIGALUPO ZAPATER: Notas sobre la PANCP. cit. pág.73.

⁶Cfr. BARBERO SANTOS: Los delitos económicos en la legislación española. cit. pág.116.

⁷Según el Diccionario de la Lengua Española, "societario" indica "perteneciente o relativo a las asociaciones, especialmente a las obreras", mientras que el María Moliner señala que "en algún tiempo se ha usado aplicado a cosas relacionadas con la asociación obrera o el socialismo", pareciendo así indicar que dicha significación está hoy en desuso.

Por su parte, el adjetivo "social" indica "perteneciente o relativo a una compañía o sociedad, o a los socios o compañeros, aliados o confederados" (Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa-Calpe y Diccionario de la Lengua Española). En la doctrina penal

en la progresiva extensión del concepto "societario", mediante la asunción de uno de los significados correspondientes al adjetivo "social", esto es, lo perteneciente o relativo a una compañía o sociedad o a los socios o compañeros, no puede ser desdeñada⁸.

Actualmente no queda sino afirmar que la expresión "delitos societarios" ha adquirido carta de naturaleza en la doctrina española y en el lenguaje del legislador, el cual, como hemos señalado, denomina así a una serie de conductas punibles cometidas por los administradores de hecho o de derecho de las sociedades mercantiles, caracterizadas por llevarse a cabo en el ámbito de dichas sociedades, y que lesionan o ponen en peligro el patrimonio individual de las mismas, de los socios o de terceros⁹. Aunque, como hemos visto, el adjetivo "financieros" alude con mayor precisión al contenido de los delitos que nos ocupan, la práctica constituye un tribunal

española ha sido utilizado en ocasiones para designar los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo. Vid. por todos, GOMEZ DE ARANDA: El llamado "delito social" en el Código Penal. Madrid, 1972; MORENO MANGLANO: El delito social. "Revista de Política Social" núm.100, 1973, pág.6; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: El llamado delito social. Conferencia pronunciada en el INSS el 15 de diciembre de 1983 y 12 de enero de 1984, citado por AYALA GOMEZ, I.: Observaciones críticas sobre el delito social. "RFDUC" núm.6, 1983, pág.37; GARCIA-PABLOS DE MOLINA: Problemas actuales de la Criminología. cit. pág.175. En contra de esta denominación, vid. entre otros MORILLAS CUEVA, L.: Los delitos laborales. "DJ" núms.37/40, 1983, págs.819 y siguientes.

⁸En Italia, con la expresión "*reati societari*" se refiere la doctrina fundamentalmente a las "*Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*", reguladas en el Título XI del Libro V del Código civil. Vid. entre otros GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit.; LA MONICA, M: *Diritto penale commerciale*. Vol. II. *Reati fallimentari e societari*. Milano, 1988; MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto Penale societario*. cit.; NAPOLEONI: *I reati societari*. cit., etc. etc.

⁹BARBERO SANTOS: Los delitos económicos en la legislación española. cit. pág.116, advertía en 1987 que el uso es el tribunal máximo en cuestiones terminológicas, si bien consideraba que "el término financiero es más eufónico que societario, y responde, igual que éste, al contenido del capítulo".

inapelable.

7. 3. LOCALIZACION LEGISLATIVA Y AUTONOMIA DE LOS DELITOS SOCIETARIOS.

La incardinación de los delitos societarios en el Código penal puede resultar cuestionable. Tal proceder, aunque tradicional en la historia pre-legislativa española, como hemos tenido ocasión de comprobar, es excepcional en el Derecho comparado, en el cual estas figuras delictivas se recogen predominantemente en leyes penales especiales o al hilo de la regulación civil o mercantil¹⁰.

La solución a la alternativa planteada entre Código penal y leyes especiales es una cuestión que no interfiere, a nuestro juicio, las consideraciones que se realicen acerca del contenido sustancial de las específicas figuras de delito y su naturaleza correspondiente. Por este motivo se trata de una incógnita que puede y debe ser despejada con independencia de cuál sea el bien jurídico en sentido técnico que se tutele en un concreto modelo legal de incriminación de los delitos societarios.

La primera cuestión que se debe abordar en el estudio de la

¹⁰En Italia, como sabemos, tradicionalmente el Derecho penal de las sociedades mercantiles se ha incluido en el Libro V del *Codice civile*, concretamente en el Título XI, "*Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*". Sobre este núcleo normativo el legislador ha intervenido en repetidas ocasiones por medio de leyes especiales. En Alemania, las principales fuentes del Derecho penal societario son la Ley de Sociedades por Acciones (AktG) de 1965, la LSRL (GmbHG) de 1980, el Código de comercio (HGB) y el Código penal (StGB). Un modelo de codificación fue el ofrecido por los "Delitos contra la economía", del Proyecto Alternativo de 1977. En este prestigioso proyecto se arguye que la introducción de las figuras delictivas dentro del Código penal permite recalcar la sustancia o el valor criminal intrínseco de las mismas.

localización legislativa más conveniente para los delitos societarios es la determinación de si existen diferencias cualitativas entre una regulación de los mismos en el Código penal o en leyes especiales¹¹.

En la doctrina española y extranjera se ha discutido intensamente sobre la relación existente entre el Derecho penal recogido en el Código penal y ese otro Derecho penal, llamado "secundario", que se encuentra esparcido en diversas leyes, penales o no¹².

Desde el punto de vista sistemático no cabe duda que el Derecho penal secundario es también Derecho penal. En un análisis cualitativo no es menor la gravedad del injusto o la culpabilidad en los delitos que se regulan en leyes especiales, extramuros del Código penal¹³. No es posible, pues, diferenciar el Derecho penal regulado en el Código penal y el Derecho penal secundario en función del criterio de la importancia. La única diferencia radica en la localización

¹¹Dentro de las leyes especiales, señala JIMENEZ ASENJO, E.: **Manual de Derecho Penal Especial**. Madrid, 1950, pág.10, que "cabe subdistinguir, como lo hace el Profesor Cuello, en las leyes especiales en vigor: unas son disposiciones de carácter exclusivamente penal, y su única o principal misión es la de definir delitos o faltas y señalar penas para su castigo,...; otras son disposiciones de finalidad fiscal, administrativa, sanitaria, etc., pero que, para la más segura observancia de sus principios, establecen accidentalmente tipos de infracción de los mismos, sancionándolos penalmente".

¹²La expresión "Derecho penal secundario" (*Nebenstrafrecht*) se encuentra bastante extendida en la doctrina penal alemana para denominar aquella parte del Derecho penal que se regula fuera del Código penal, pero sin querer decir con ello que se trate de un Derecho penal menor o de menor importancia que el recogido en aquel, puesto que tanto por su naturaleza como por el peso de su contenido comprende sectores fundamentales del Derecho penal que sólo por razones de técnica legislativa han sido excluidos del Código penal. Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.97. Vid. también HASSEMER: **Spunti per una discussione sul tema "bene giuridico e riforma della parte speciale"**. en STILE (a cura di): **Bene giuridico e riforma della parte speciale**. cit. pág.368.

¹³Cfr. HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. cit. pág.131.

legislativa, constituyendo la decisión del legislador a la hora de elegir la regulación del Código penal o de una ley penal especial una cuestión de oportunidad o de política criminal¹⁴. Nada impediría comprender todas las normas que integran esta legislación especial dentro del texto común, el Código penal, como ha pretendido sin éxito, por no llegar a cuajar en ley, el PCP de 1980, y en el aspecto doctrinal el conocido Tratado de QUINTANO RIPOLLES.

En la opción entre la ubicación en el Código penal o en leyes penales especiales no pueden desdeñarse sin más las ventajas técnicas que abogan en favor de la utilización de éstas últimas en materias tan características como los delitos económicos. En efecto, las peculiaridades que presentan estos delitos pueden justificar el tratamiento en leyes penales especiales, que incluso permitirían más fácilmente su adaptación periódica a la realidad económica, cosa que no es tan fácil de hacer con el Código penal. Especialidad y mutabilidad, en resumen, aconsejan llevar ciertos temas a las

¹⁴A ello no obsta la existencia de ciertos criterios que, concurriendo en el caso, aconsejan la incardinación en una u otra sede. Así, HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. cit. pág.131, señalan que "el legislador debe utilizar la vía del Código penal cuando se den alguna de estas características:

- El objeto de la regulación tenga una cierta vocación de permanencia y no cambie demasiado.
- El delito se tipifique en forma de delito de lesión y no de simple puesta en peligro.
- Se quiera llamar la atención de la población (robusteciendo así los valores éticosociales de la acción)".

En el mismo sentido señala TORIO LOPEZ, citado por RODRIGUEZ MOURULLO: **Los delitos económicos en el proyecto de Código penal**. cit. pág.712, "que el Código penal debe reservarse para los hechos que posean lo que cabe denominar <<permanencia político criminal>>". También cfr. SAINZ CANTERO: **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.295. Por su parte, indica TIEDEMANN: **Lecciones de Derecho Penal Económico**. cit. pág.175, que la ubicación de todos los delitos importantes en el Código penal "sólo ha hallado excepción cuando la descripción del delito estaba, por razones de técnica legislativa o de contenido, demasiado estrechamente ligada a la materia extrapenal para poder ser separada de ésta".

leyes penales especiales¹⁵. En el mismo sentido favorecedor de la ley especial se alega la conveniencia de respetar la unidad legal y de interpretación, que se rompe al separar a los delitos de su contexto propio, esto es, de la materia extrapenal, si bien en tal caso la técnica de las normas penales en blanco, que reenvían a normas no penales, permite restablecer la concordancia entre las dos materias¹⁶. No obstante, el recurso a las normas penales en blanco no deja de plantear problemas, como tendremos ocasión de comprobar.

Es indudable que en numerosas ocasiones la utilización de leyes penales especiales ha propiciado un cierto descuido por parte del legislador, que ha utilizado fórmulas muy poco precisas, en las que a menudo no se especifica el elemento intencional, sucediendo asimismo que el elemento material se constituye por omisiones y no por acciones; las reiteraciones, los defectos técnicos, los descuidos y una invasión cada día menos disimulada del Derecho administrativo en terrenos que por naturaleza le están vedados, son las notas características de estas leyes abandonadas por la literatura jurídico-penal¹⁷. La

¹⁵Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica. en Estudios Jurídicos en honor de Pérez-Vitoria. 1983, pág.790.

¹⁶Cfr. TIEDEMANN: Lecciones de Derecho Penal Económico. cit. págs.175 y siguiente. En el mismo sentido, vid. MARTOS NUÑEZ: Derecho penal económico. cit. pág.238. En contra, ampliamente CONTI: Diritto penale commerciale. I. cit. págs.20 y siguientes, quien alega con cierto fundamento que si se llevase esta tesis a su completa realización la Parte especial del Código penal se desmembraría casi completamente.

Este tipo de planteamientos abstractos, referidos a toda la delincuencia económica en general con pretensiones de uniformidad para todos los delitos que se cobijan en esa categoría, debe ser contrastado en el análisis de las características específicas de las figuras delictivas de que se trate, como correctamente advierte MARTINEZ PEREZ: El delito de defraudación tributaria. cit. pág.230.

¹⁷Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: Derecho Penal Español. Parte Especial. 1994, cit. págs.1235 y siguiente. Vid. también PEDRAZZI: Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori. cit. pág.582. Según BAJO FERNANDEZ: Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal. cit. pág.21, "no se puede olvidar que la tendencia a la inclusión de ciertos delitos en leyes especiales respondió, en

legislación especial, nacida en ocasiones al calor de motivaciones coyunturales, asistemática y falta de coordinación siempre, puede no resultar tan eficaz como sería de desear¹⁸. Y de ello derivan una imprecisión y falta de certeza de las que los delincuentes no dejan de sacar provecho, a todo lo cual hay que añadir las importantes lagunas que el Derecho penal ofrece en este aspecto.

No puede dudarse que llevar ciertos delitos al ámbito de una ley especial puede dar lugar a que se interprete que el sistema penal no los considera del mismo nivel que los incluidos en el Código penal¹⁹. Sociólogos y criminólogos han demostrado que la actitud general ante una y otra sede legislativa no es la

muchas ocasiones, al deseo de sustraer dichas infracciones de los principios vigentes en el Derecho penal tradicional... Pero además la inclusión de estos delitos en el Código responde también a una preocupación totalmente ausente de la clase política de este país. Me refiero a la necesidad de limitar el poder sancionador de la Administración, particularmente importante en el ámbito económico".

¹⁸Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: **Los delitos económicos en el proyecto de Código penal**. cit. pág.708.

¹⁹En el sentido del texto, señala RODRIGUEZ RAMOS: **Protección penal del ambiente**. cit. pág.272, que "el precio de las leyes especiales suele ser la consideración de delitos de segunda categoría que sus preceptos pueden merecer, al tiempo que un posible alejamiento de una buena técnica jurídico-penal en su elaboración". En una dirección coincidente, indica MARTOS NUÑEZ: **Derecho penal económico**. cit. pág.238, que con la inclusión del Derecho penal económico dentro del Código penal se pretende "que la opinión pública tome conciencia de las graves consecuencias que tienen estas infracciones para la sociedad". Vid. también MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa**. cit. págs.67 y siguiente.

En efecto, como señalan ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. cit. págs.99 y siguientes, "se asienta la tendencia a considerar el Derecho Penal especial como un ámbito éticamente neutral, en el que se trata tan sólo de desobediencias de los ciudadanos respecto a una concreta regulación legal, una regulación que bien pudiera haber sido establecida de modo distinto por el legislador... El Derecho Penal común prohíbe conductas porque son por sí mismas injusto (*mala in se*), mientras que lo injusto de las conductas prohibidas en el Derecho Penal especial deviene exclusivamente por lo general de la prohibición legal (*mala quia prohibita*)".

misma. Y ello aunque se constate que la ley penal especial no es necesariamente un síntoma de benevolencia o desinterés, y desde luego no lo ha sido en la reciente historia legislativa española²⁰. Es innegable que son los delitos incluidos en el Código penal los que interesan no sólo al público, sino especialmente a los juristas, comenzando por los estudiantes y terminando por los jueces y por la doctrina penal²¹. Ante esta situación, las leyes especiales han llegado a ser calificadas de "Cenicienta" del Derecho penal²². Pues bien, precisamente en materia de conductas delictivas en el ámbito societario, la idea de que estamos ante una verdadera delincuencia merece ser tomada seriamente en cuenta²³.

²⁰Cfr. QUINTERO OLIVARES: **Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica**. cit. pág.790.

²¹Cfr. TIEDEMANN: **Lecciones de Derecho Penal Económico**. cit. pág.176. En efecto, esta legislación que nos ocupa no se explica, ni se exige en la Universidad, apelotonándose al final de la materia en los programas de oposiciones y quedando abandonada a los prácticos, siendo así que el propio legislador descuida en muchos casos su coordinación con el patrón del Código penal. La introducción de las normas penales en el Código penal "sirve, por regla general, no sólo a la mayor transparencia de la ley, sino también para acercar la materia de modo particularmente eficaz a la conciencia pública; y según muestra la experiencia, hace que dichas normas sean examinadas con mayor detenimiento y profundidad tanto en las Facultades de Derecho como en la práctica forense penal y en la bibliografía jurídico-económica", de todo lo cual se deduce que "puede esperarse también un incremento de la efectividad de esos preceptos penales". TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. págs.32 y siguiente. En sentido similar, VILADAS JENE, C.: **PANCP y delincuencia económica**. "DJ" núms.37/40, II, cit. pág.652.

²²Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.1236.

²³Como hemos visto, una de las características criminológicas de la delincuencia societaria es su falta de consideración por parte del público y de los propios infractores como verdaderas conductas punibles. QUINTERO OLIVARES, G.: **Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código Penal**. "Doctrina Penal" 1979, pág.664, afirma que la introducción de los delitos societarios en la PANCP responde a que "tan sólo crean tipos específicos con la doble misión de facilitar la aplicación de la ley y destacar la intrínseca importancia del problema que abordan".

Por otra parte, como indica VILADAS JENE: **PANCP y delincuencia económica**. cit. pág.731, "en el ámbito penal sobre todo hay que mostrarse muy celoso de las funciones de garantía

En este sentido, la tendencia actual a la incorporación de las infracciones societarias en el Código penal pretende reafirmar su carácter auténticamente penal y común, con las garantías tanto materiales como procesales que de ello derivan²⁴, borrando la imagen falsa de que son infracciones puramente mercantiles. De esta forma, su presencia en el Código penal debe contribuir a formar una conciencia social que repruebe la comisión de estos hechos, que no han de verse como

inherentes a los Códigos considerados como forma legislativa". Resulta preferible destruir la atomización del Derecho penal por medio de la "equiparación a nivel formal de todos los comportamientos delictivos", aprovechando al mismo tiempo las ventajas que la codificación ofrece de cara a la unidad, coordinación y sistematización de la materia y su "función simbólica sobre la imagen que los ciudadanos se forman acerca de la legitimidad del Derecho penal contemporáneo". Vid. en sentido semejante, entre otros, MAZZACUVA: *Bene giuridico e tecnico di tutela nel diritto penale societario*. cit. pág.203; y QUINTERO OLIVARES: *Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica*. cit. pág.790.

Con ello no se trata de caer en la tentación de utilizar el recurso al Derecho penal para transmitir una "aparente" seguridad a la colectividad que reclama incrementos de protección jurídica en determinados ámbitos, cumpliendo la ley penal, como señala SILVA SANCHEZ: *La "ley penal en blanco"*. cit. pág.100, una mera función de "prevención de integración" en el sentido peyorativo de la expresión, es decir, estabilizando la confianza de la población en el Derecho sin desempeñar la función efectiva de protección del bien jurídico correspondiente.

²⁴Vid. BAJO FERNANDEZ: *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*. cit. pág.22. Señala CONTI: *Diritto penale commerciale*. I. cit. pág.21, que por la gravedad de los hechos y la dureza de las sanciones previstas es preferible tratar los delitos societarios dentro del Código penal, con lo que se logra una mejor coordinación con el Derecho penal común. En efecto, en la doctrina científica parece gozar de mayor predicamento regular el Derecho penal económico en la medida de lo posible dentro del Código penal; no obstante, esta solución está sometida a algunas excepciones, que vendrían representadas por las infracciones de bagatela y por aquellos delitos respecto de los cuales la técnica legislativa presuponga una conexión especialmente estrecha e inseparable con las normas del Derecho económico no penales. Vid. TIEDEMANN: *Delitos contra el orden económico*. cit. pág.172; del mismo autor: *Poder económico y delito*. cit. pág.32.

infracciones "artificiales", sino como verdaderos delitos²⁵. La inserción en el Código penal cumple, por ende, una función simbólica que repercute positivamente sobre la imagen que los ciudadanos se forman acerca de la legitimidad del Derecho penal contemporáneo, al evitar la impresión que produce la actual fragmentación: un Derecho penal para los terroristas, otro para los delincuentes "en sentido estricto", otro Derecho penal para las personas de status social elevado, diseminado en las intrincadas normas que rigen la compleja actividad económica contemporánea, etc²⁶.

Dentro del problema de la ley penal especial se plantea el de la conveniencia o inconveniencia de que leyes no penales lleven anejos algunos tipos de delitos que compondrían su parte penal. En este caso podrían encontrarse la LSA, la LSRL, o la Ley General de Cooperativas, de forma similar a lo que sucede en Francia, por ejemplo. La ventaja principal alegada por los partidarios de esta ubicación, que no puede ser desdeñada sin ulterior reflexión, sería la de lograr la deseable identidad de criterios conceptuales: la dificultad que supone para la ley penal emplear elementos normativos cuyo exacto significado sólo sea comprensible a través de leyes no penales aconsejaría que ciertos delitos siguieran a esas leyes, con lo cual, se señala, sería mucho más sencilla su formulación técnica penal²⁷. De esta forma, se alega que el Derecho penal de las sociedades

²⁵Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: Los delitos económicos en el proyecto de Código penal. cit. pág. 714. Así, en el ámbito del delito fiscal, su ubicación en el Código penal respondió, según el mismo autor expuso en su obra: *El nuevo delito fiscal*. cit. pág. 708, al propósito de hacer ver que el delito fiscal era un auténtico delito, que no constituía ningún delito especial, sino un delito del Código penal. Esta consideración puede ser también aplicada a los delitos societarios.

²⁶VILADAS. JENE: *PANCP y delincuencia económica*. cit. págs. 731 y siguiente.

²⁷Cfr. QUINTERO OLIVARES: *Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica*. cit. pág. 791. En el mismo sentido, vid. ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. cit. págs. 85 y siguientes. x

constituye nada más que un medio para asegurar la observancia de una legislación de tipo esencialmente mercantil, esto es, una normativa penal al servicio de otra extrapenal²⁸.

Es obvio que no cabe pensar en un Derecho penal societario independiente de los intereses civilmente tutelados, pero aún menos puede propugnarse un Derecho penal meramente sancionatorio de ilícitos civiles²⁹. El Derecho penal ha de reservarse la definición del núcleo de lo prohibido, no limitándose a sancionar mecánicamente las infracciones más graves, tal y como vienen configuradas por otras ramas del Ordenamiento jurídico³⁰.

No obstante, aunque se opte por la ubicación en el Código penal, la presencia de leyes mercantiles de obligada referencia para la interpretación o delimitación de la ley penal no supone que el legislador penal deba tomar el cómodo camino de la ley

²⁸Sobre el origen de las tesis encontradas en torno a la autonomía del Derecho penal, vid. ampliamente QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte General*. 1992, cit. págs.77 y siguientes.

²⁹Vid. en este sentido, MARINUCCI/ ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. pág.108; y MAZZACUVA: *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario*. cit. págs.200 y siguientes.

Afirma ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale. Parte generale*. 12. ed. Milano, 1991, cit. pág.48, que "non ci sembra possibile dubitare dell'autonomia del diritto penale, il quale, pertanto, ha carattere non complementare, ma costitutivo e primario", recogiendo de esta forma un amplio sentir de la doctrina.

³⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.49 y siguiente. Como afirman COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*. cit. pág.199, "la exigencia de determinación del hecho punible en la ley, de su taxatividad, es inherente al principio de legalidad, pues, por más que exista reserva de ley, o de ley orgánica, en materia penal, ésta deja de tener sentido cuando no es dicha ley la que, en última instancia, determina todas y cada una de las características de la conducta sancionable, sino que remite su concreción a otras fuentes, como pueden ser normas incluso de rango inferior al de ley o el propio juez".

penal en blanco³¹, técnica legislativa que sólo excepcionalmente puede admitirse³², dados los peligros que

³¹El primero que planteó la cuestión de las leyes penales en blanco fue BINDING, que las denominó "*Blankettstrafgesetzen*". Vid. BINDING, K.: *Die Normen und ihre Übertretung. I. Normen und Strafgesetze*. 3. Aufl. Leipzig, 1916, págs.161 y siguientes, y 185 y siguientes. Para el autor alemán, eran leyes penales en blanco aquéllas en las que la materia de prohibición quedaba entregada a una autoridad de rango inferior a la competente para dictar leyes; en otras palabras, la descripción de la materia prohibida no aparecía en todos sus extremos en la ley penal que castigaba el acto prohibido, sino en un reglamento u ordenanza, es decir, en una disposición de rango inferior. Hoy la doctrina señala que no sólo surgen problemas con disposiciones de rango inferior, sino también con disposiciones del mismo rango. Vid. por todos BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual de Derecho penal. Parte General*. 4. ed. Barcelona, 1994, págs.146 y siguientes.

Como señala JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.98, "en el Derecho Penal especial (pero no sólo en él) se encuentran con frecuencia leyes penales en blanco. Se entienden por tales aquellas leyes que únicamente recogen la amenaza penal, remitiéndose en cuanto al contenido de la prohibición a otras leyes, reglamentos e incluso actos administrativos que, de modo independiente, tienen distinta procedencia de órgano y tiempo... Hay que diferenciar en consecuencia entre norma sancionadora y norma complementaria. El tipo de la ley penal en blanco sólo se configura plenamente mediante la norma complementaria".

Utilizamos aquí el concepto de ley penal en blanco en sentido amplio, abarcando todos los supuestos en que una ley penal se integra por otra no penal, aun cuando sea del mismo rango. Ley penal en blanco en sentido estricto sería aquella en la que el legislador se remite para completarla a normas de rango inferior. Sobre dicha distinción vid., entre otros, COBO/VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.119; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.38 y siguientes; SILVA SANCHEZ: *La "ley penal en blanco"*. cit. págs.13 y siguientes; TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. pág.158.

³²La cita exhaustiva de autores que califican la técnica de la ley penal en blanco en sentido estricto o propio como muy peligrosa y sumamente discutible desde el punto de vista constitucional se haría interminable. Cfr. en la doctrina española, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente*. "DJ" núms.37/40, 1983, II, pág.917; HUERTA TOCILDO, S.: *Incidencia del Derecho Comunitario en el futuro de la legislación española sobre el control de cambios*. "PJ" núm.6, 1987, págs.31 y siguientes; JIMENEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho penal*. II. cit. pág.305; LORENZO SALGADO: *La vigencia del principio de legalidad en el Código penal español*. cit. pág.159; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit.

entraña para los principios de seguridad y taxatividad, como consecuencia de la vigencia del principio de legalidad penal, al no detallarse completamente en el tipo la materia del acto prohibido y dejarse, por el contrario, aspectos de esa descripción a una categoría de ley que puede contravenir lo dispuesto en la Constitución. Y entre los méritos del nuevo PCP debe precisamente resaltarse el intento de limitar el recurso a las leyes penales en blanco en una materia que, como he señalado, se presta a su utilización indiscriminada³³. El que el objetivo propuesto se haya logrado o no es otro tema que será tratado en el lugar sistemático correspondiente.

En el ámbito societario es posible reclamar la definición completa de la materia de prohibición en los correspondientes preceptos penales, eludiendo la técnica del reenvío, aunque sólo el Derecho mercantil pueda ofrecer las bases para fijar con nitidez todos los elementos del delito³⁴. De esta forma es exigible que se realice la descripción de los delitos de modo que recojan la esencia de lo prohibido³⁵, aun cuando se confíe a las leyes mercantiles la inicial definición de otros

pág.91; MUÑOZ CONDE, F./ GARCIA ARAN, M.: **Derecho Penal. Parte General**. Valencia, 1993, págs.103 y siguientes; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: **Sobre el concepto del Derecho penal**. cit. pág.186.

³³Se sigue en esta tendencia el PCP de 1992. Cfr. GONZALEZ RUS: **La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio**. cit. pág.175.

³⁴No deben olvidarse, por otra parte, las consecuencias que la técnica de reenvío implica para las teorías del dolo y del error. Cfr. TIEDEMANN: **Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia**. cit. pág.16. Tales consecuencias serán analizadas detenidamente más adelante.

³⁵Es doctrina del Tribunal Constitucional. Vid. STC 127/1990, de 5 de julio, que exige "... que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza...". No obstante, sobre "la artificiosidad del concepto de "núcleo esencial" de la prohibición", vid. ampliamente GARCIA ARAN, M.: **Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal**. "EPC" XVI, 1993, págs.85 y siguientes.

elementos normativos configuradores de la infracción que el Derecho penal no puede abarcar³⁶. Las nociones elaboradas por el Derecho privado sirven como punto de partida del proceso de interpretación, pero si de su aplicación se derivan resultados en contraste con el fin de las normas incriminadoras y con las exigencias propias del Derecho penal, el penalista no sólo puede sino que debe aportar a estos conceptos aquellas modificaciones (ampliaciones o restricciones) que sean indispensables para evitar los resultados antedichos³⁷.

La integración de los delitos societarios dentro del Código penal responde mejor a los objetivos perseguidos en la lucha contra este tipo de delincuencia que la incorporación de preceptos penales a los textos legales mercantiles³⁸. El sistema opuesto, del que es paradigma el Código civil italiano, adolece de defectos que la doctrina no ha dejado de poner de

³⁶En torno a la distinción entre elementos normativos y leyes penales en blanco, no siempre clara en la doctrina, vid. por todos GARCIA ARAN: **Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal**. cit. págs.68 y siguientes. Sobre los diferentes sentidos de "elemento normativo", vid. SUAY HERNANDEZ, C.: **Los elementos normativos y el error**. "ADPCP" 1991, págs.102 y siguientes.

Considera TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. pág.35, que la objeción al empleo de elementos normativos "parece fuera de lugar si -conforme a un criterio reiterado por el Tribunal Supremo alemán y dominante en la doctrina- se admite que únicamente procede una declaración de responsabilidad penal, a base de elementos normativos o cláusulas generales, cuando y en la medida en que éstos constituyan valoraciones reconocidas y seguras". En cualquier caso, y con QUINTERO OLIVARES: **Derecho Penal. Parte General**. 1992, cit. pág.79, consideramos que el intérprete penal no queda encadenado servilmente a obedecer el significado extrapenal de los términos, "pudiendo, por el contrario, optar por un entendimiento diferente más acorde con las particulares exigencias del Derecho Penal".

³⁷Vid. FOFFANI: **Profili penalistici dell'acquisto di azioni proprie da parte della società emittente dopo il d.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30**. cit. pág.486.

³⁸Por otra parte, en la doctrina actual goza de mayor predicamento la solución de regular el Derecho penal económico, en la medida de lo posible, dentro del Código penal. Cfr. MARTINEZ PEREZ: **Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa**. cit. pág.68.

relieve: en efecto, es fácil que los textos civiles operen con criterios que, por su origen y casi por exigencias sistemáticas, no contribuyen a la configuración de los ilícitos en términos penales, sino siguiendo un puntilloso e intrincado sistema casuístico de refuerzo mediante sanciones penales de reglas iusprivatísticas de muy distinta entidad³⁹. A ello se añade que la legislación mercantil de sociedades, a la cual es inevitable acudir para integrar el contenido de los elementos normativos del tipo de injusto de los delitos societarios, se caracteriza por su vocación de permanencia, salvo las adaptaciones al Derecho comunitario que sean necesarias en cuestiones puntuales. La reforma de las leyes mercantiles, a consecuencia de la integración de España en las Comunidades Europeas, ya está ultimada en su mayor parte.

7. 4. COLOCACION SISTEMATICA Y BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

7. 4. 1. Determinaciones previas.

La selección de los comportamientos que deben ser incluidos bajo la rúbrica de delitos societarios no puede abordarse desde una perspectiva criminológica⁴⁰, ni procesal, sino desde una perspectiva penal que ponga el acento en el bien jurídico penalmente protegido⁴¹.

³⁹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.51 y siguiente; ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. págs.32 y siguientes; DI AMATO: *Diritto penale dell'impresa*. 1992, cit. pág.109; MAZZACUVA: *Bene giuridico e tecniche di tutela nel Diritto penale societario*. cit. pág.203.

⁴⁰La Criminología, como hemos visto *supra*, toma como punto de partida fundamentalmente las características personales del delincuente o de su actividad.

⁴¹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.54. El bien jurídico también constituye en el ámbito de la Política criminal un límite al *ius puniendi*, en la medida que proporciona un criterio objetivo para la

Y es que en el marco del tipo penal el bien jurídico se asienta como un concepto nuclear, insustituible en el campo de la dogmática penal, imprescindible ante todo para anudar Derecho penal y realidad⁴², pero que también cumple un importante papel a efectos sistemáticos y clasificatorios⁴³.

determinación y la crítica de las normas del Derecho penal; tiene, pues, una significación importante en la interpretación del Derecho positivo. Vid. RUDOLPHI, H.-J.: **Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico**. "NPP" 1975, págs.329 y siguientes.

⁴²Cfr. BETTIOL, G.: **L'odierno problema del bene giuridico**. "RIDPP" 1959, pág.713. Vid. también STILE, A. M. (a cura di): **Bene giuridico e riforma della parte speciale**. Napoli, 1985, *passim*; ofrecen una exposición concisa sobre los fines de la teoría del bien jurídico, entre otros, COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. págs.250 y siguientes; y HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. cit. págs.103 y siguientes. En torno al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, vid. por todos MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. págs.100 y siguientes, quien explicita que el "que el Derecho penal sólo deba proteger "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal", ya analizados.

Asumimos aquí una concepción trascendente del bien jurídico, en el sentido de que ha de ser buscado más allá del Derecho. La doctrina (cfr. BUSTOS RAMIREZ: **Bases críticas de un nuevo Derecho penal**. cit. pág.14) distingue entre una dirección "trascendente", en la que engloba todas las concepciones que, a partir de VON LISZT, entienden que el bien jurídico surge más allá del Derecho, bien de la naturaleza de las cosas, bien de los intereses de la vida social, y que la tarea del Derecho es reconocerlos y protegerlos; y una dirección "inmanente", para la cual el bien jurídico surge de la propia norma, es ella la que lo contiene y determina, cuyo máximo exponente fue BINDING: **Die Normen und ihre Übertretung**. cit. Vid. MENDEZ RODRIGUEZ, C.: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid, 1993, págs.12 y siguiente; nota núm.18.

⁴³Vid., por todos, ANGIONI: **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. cit. *passim*; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.22; ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. cit. pág.87.

La opinión dominante, en efecto, coincide en dar prioridad al bien jurídico a efectos de sistematizar la Parte especial, como señalan, entre otros, RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ:

En este sentido se debe tener en cuenta que entre las funciones que la Ciencia penal atribuye al bien jurídico destaca, por su trascendencia para la delimitación del ámbito de libertad de los ciudadanos y para la conformación de un orden jurídico en el que la libertad es uno de los valores supremos, la llamada función "limitadora" o "de garantía"⁴⁴. Ello sin olvidar que en un paso previo es la relevancia de los intereses que pueden encontrarse expuestos a algún peligro lo que justifica el adelantamiento de la protección penal⁴⁵, como tendremos

Derecho Penal Español. Parte Especial. 1994, cit. pág.5, lo cual no obsta a afirmar la necesidad de servirse de otros criterios subordinados o secundarios, debido a la imposibilidad, puesta de relieve ya por BINDING, de agotar con un único criterio de clasificación la totalidad del contenido del Código penal.

El criterio del bien jurídico como clave de la sistematización de los delitos en particular tampoco se ha seguido de manera escrupulosa en los diversos Proyectos españoles de Código penal. Vid. STAMPA/ BACIGALUPO: **La reforma del Derecho Penal Económico español.** cit. págs.148 y siguientes.

⁴⁴Con base en esta función, "consistiendo el delito esencialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites: el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos...". COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General.** 1991, cit. pág.252. Vid., en el mismo sentido, JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. pág.233; MIR PUIG: **Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al "ius puniendi".** cit. págs.205 y siguientes. Sobre la crisis de esta función, vid. BUSTOS RAMIREZ, J.: **Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932).** "RFDUC" núm.11 monográfico, cit. págs.150 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica.** cit. págs.5 y siguientes.

⁴⁵Cfr. PEDRAZZI: **El Derecho penal económico en la moderna experiencia italiana.** cit. pág.274. En el mismo sentido, vid. MAZZACUVA: **I reati societari.** cit. pág.41. Ahora bien, conviene recordar que tras el proceso de tipificación las dimensiones del interés pre-jurídico al que la norma penal dispensa su tutela y las dimensiones del bien jurídico penalmente protegido no tienen que coincidir necesariamente. Vid. sobre estos dos sentidos en el plano conceptual RODRIGUEZ MOURULLO, G.: **La omisión de socorro en el Código penal.** 1966, pág.137. Por su parte, NUVOLONE, P.: **Limiti taciti della norma penale.** Padova, 1972, págs.24 y siguientes, afirma que la norma penal no se refiere genéricamente al interés pre-jurídico en todas sus

ocasión de comprobar.

En esta dirección se alega que, por cuanto respecta al tipo y a sus características concretas, el medio más importante de interpretación viene constituido por el bien jurídico correspondiente, y que de su conocimiento exacto deriva a su vez "la necesaria claridad para la comprensión de las peculiaridades y características del tipo de que en concreto se trate"⁴⁶. Así, por ejemplo, la concepción que se mantenga afecta indudablemente a la propia interpretación de lo que constituye lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, y con ello a la clasificación del concreto delito en cuestión como de lesión o de peligro⁴⁷.

Ahora bien, el adecuado cumplimiento de todas las funciones que la doctrina ha asignado al concepto que nos ocupa requiere precisar qué se entiende por bien jurídico penalmente protegido. Con SILVA SANCHEZ⁴⁸, consideramos preferible la opción por una concepción sociológico-funcionalista del bien jurídico, basada en la dañosidad social y la afectación directa del individuo como características comunes de los hechos lesivos de bienes jurídicos, y corregida en atención a consideraciones sobre el merecimiento de pena (derivado de la significación atribuida al bien y de la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo) y sobre la necesidad de pena (derivada a su vez de la ineficacia de otros medios menos

posibles manifestaciones, sino que exceptúa algunas que no se consideran merecedoras de aquella tutela, señalando el tipo los confines dentro de los cuales debe ejercerse la misma:

⁴⁶MEZGER, E.: **Tratado de Derecho penal**. Tomo I. Trad. de J. A. Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955, pág.403. En el mismo sentido, cfr. HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. cit. pág.104; MIR PUIG: **Derecho Penal**. Parte General. 1990, cit. pág.141.

⁴⁷Vid. ampliamente *infra*.

⁴⁸Cfr. SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. cit. págs.268 y siguientes.

lesivos que los penales)⁴⁹.

La dañosidad social de un hecho delictivo se ha intentado determinar tradicionalmente sobre la base de criterios muy diversos, entre los que cabe destacar los de la ética social, el bien jurídico y la funcionalidad de la conducta⁵⁰. En la actualidad dominan los puntos de vista vinculados al criterio del bien jurídico, de forma que se entiende que "la dañosidad social de un hecho depende de que lesione o ponga en peligro intereses fundamentales que afectan a las condiciones materiales de la vida del hombre que constituyen los presupuestos indispensables para la vida en sociedad (bienes jurídicos)"⁵¹. La idea de dañosidad social pretende la exclusión del ámbito jurídico-penal de los hechos exclusivamente inmorales⁵².

Por su parte, la exigencia de afectación directa del individuo conduce a considerar que únicamente pueden ser bienes jurídicos aquellos bienes que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad⁵³.

⁴⁹Téngase en cuenta que las expresiones "merecimiento" y "necesidad" de pena no poseen un significado unívoco en la doctrina. En las páginas siguientes adoptaremos el sentido que les atribuye SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. págs.288 y siguientes.

⁵⁰Cfr. ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.45 y siguientes.

⁵¹ZUGALDIA ESPINAR: *Fundamentos de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.45. En el mismo sentido, vid. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.43, quien precisa que "se consideran bienes jurídicos los bienes vitales de la comunidad protegidos jurídicopenalmente"; y TORIO LOPEZ: *Los delitos de peligro hipotético*. cit. págs.827 y siguientes.

⁵²Vid. ROXIN/ ARTZ/ TIEDEMANN: *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*. cit. pág.21; SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.269.

⁵³SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.271. En el mismo sentido, vid., entre otros, MIR PUIG: *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*. cit. págs.205 y siguientes, quien define el bien jurídico como un interés social aunque con relevancia individual, e importante, tanto por afectar a amplias capas sociales como por la forma especialmente intensa en que afecta a los individuos.

Esta consideración también está presente en la definición de bien jurídico que ofrecen COBO/ VIVES⁵⁴, como "todo valor de la vida humana protegido por el Derecho", si bien estos autores precisan que "con el término valor no estamos contrayendo el bien jurídico tan sólo a su acepción individual y personalista... Puesto que se comprueba, y cada vez más, que, junto a los valores individuales, existen otros sociales, comunitarios y públicos, la esencia del bien jurídico no sólo será individual o individualista, sino también social, pública y comunitaria, que generará auténticos bienes jurídicos (valores), independientes de los individuales, y dignos de protección y tutela penal"⁵⁵. Frente a esta posición, parece preferible "concebir tales bienes en un sentido instrumental respecto a la persona humana"⁵⁶, de forma que se eviten las

La posición que aquí mantenemos es la que HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit. págs.107 y siguientes, denominan "teoría monista personalista", cuya meta, de acuerdo con los mismos autores, "es funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo" (pág.109). GOMEZ BENITEZ: *Sobre la teoría del <<bien jurídico>>*. cit. pág.109, señala que se trata de una "síntesis liberal-social, de un concepto ecléctico de bien jurídico, que sigue afecto al sistema de garantías individuales, pero remite el bien jurídico y su lesión a criterios sociales, en vez de culturales-espirituales. La pretensión es, pues: <<Si el Derecho (penal) ha de proteger los sistemas sociales, es sólo en cuanto que ello supone la defensa del individuo>>".

⁵⁴COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.249.

⁵⁵En el mismo sentido, señala JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.232, que el bien jurídico "puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad". Desde el particular ámbito del Derecho penal económico, vid. TIEDEMANN, K.: *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaalichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*. Tübingen, 1969, págs.117 y siguientes, quien elabora una concepción del bien jurídico que le permite buscar la justificación necesaria para la tutela penal de los intereses que están comprometidos en el mundo jurídico-económico, y que sólo difícilmente pueden reconducirse a la estructura de los clásicos intereses liberales.

⁵⁶SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.292. Vid. también BUSTOS RAMIREZ: *Los bienes jurídicos colectivos*. cit. pág.159; FIANDACA, G.: *Il <<bene giuridico>> come problema teorico e come criterio di*

formulaciones vagas⁵⁷ y la anticipación injustificada de las barreras de protección penal a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto⁵⁸, tan en boga en los actuales procesos de criminalización, en los que se prescinde de la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico individual al considerarse suficiente la lesión del supuesto interés colectivo, producto del funcionamiento del sistema social⁵⁹. Como ha sido reiteradamente señalado por la doctrina, cuanto más nos alejemos de los intereses individuales tanto más difícil resultará afirmar la necesidad de que existan normas penales, las cuales implican o deben implicar un común

politica criminale. en STILE (a cura di): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. cit. pág.168; HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit. pág.107; MARCONI, G.: *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*. "RIDPP" 1979, pág.1053.

⁵⁷Como señala HASSEMER, W.: *La ciencia jurídico penal en la RFA*. "ADPCP" 1993, pág.56, expresiones como la "salud pública" o las "condiciones de funcionamiento del mercado capitalista" no tienen aplicación político-criminal, puesto que "como pueden justificar todo no justifican nada. Por eso, los bienes jurídicos paradigmáticos coherentes con el principio de protección de bienes jurídicos, tienen otro calibre. Son los intereses primarios de la persona en la vida, salud, libertad, propiedad, esto es, los bienes jurídicos individuales. Por el contrario, los bienes jurídicos universales, sobre todo cuando son tan vagos como los que se acaban de citar, tienen que superar el test de si pueden al final retrotraerse a intereses concretos y legítimos de la persona". La crisis de la función de garantía que corresponde al bien jurídico es, en parte, consecuencia de que los "nuevos bienes jurídicos" resultan excesivamente vagos, de forma tal que es más útil su caracterización no como bienes jurídicos, sino como objetivos de carácter político, social o económico. Así, HASSEMER, W.: *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale*. "Dei delitti e delle pene" 1984, págs.109 y siguiente. Vid. también, en sentido semejante, BUSTOS RAMIREZ: *Los bienes jurídicos colectivos*. cit. págs.158 y siguientes.

⁵⁸Cfr. HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit. pág.110. En el mismo sentido, vid. BUSTOS RAMIREZ: *Los bienes jurídicos colectivos*. cit. pág.160.

⁵⁹Vid. HASSEMER, W.: *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. "Pena y Estado" núm.1, 1991, pág.35; PADOVANI: *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*. "Dei delitti e delle pene" núm.1, 1984, págs.120 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.69 y siguientes. Sobre los delitos de peligro, vid. ampliamente *infra*.

consenso valorativo⁶⁰.

Deben seleccionarse como bienes jurídicos penalmente protegidos "sólo aquellos valores cuya vulneración representa la infracción de un interés reconducible directa o indirectamente al individuo"⁶¹. Con ello se trata de evitar el uso, denunciado por HASSEMER, del Derecho como instrumento de dirección política para la protección de intereses que, con todo lo legítimos que sean, no son bienes jurídicos en sentido tradicional, sino meros objetivos de organización política, social o económica⁶².

El merecimiento de pena alude a consideraciones de justicia, de las cuales no es posible hacer un catálogo de criterios concretos que justifiquen la protección penal de ciertos bienes jurídicos. Se trata de características condicionadas por el cambio histórico y la estructura socio-cultural de cada comunidad⁶³. No obstante, cabe recordar que debe atenderse en todo momento a la necesidad de una referencia individual y a la dañosidad social de las agresiones. El principio de fragmentariedad en conexión con el merecimiento de pena obliga a considerar, como hemos visto, que sólo pueden constituir hechos penalmente relevantes las modalidades más graves de

⁶⁰Cfr. KAISER: La lucha contra la criminalidad económica. cit. pág.177.

⁶¹PORTILLA CONTRERAS, G.: Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. "CPC" núm.39, 1989, pág.745. Vid. también HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. cit. pág.110; HASSEMER, W.: Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre. En PHILIPPS/ SCHOLLER (eds.): Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1988, págs.85 y siguientes; MENDEZ RODRIGUEZ: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. cit. pág.32.

⁶²Cfr. HASSEMER: Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale. cit. págs.100 y siguientes. En el mismo sentido, vid. MENDEZ RODRIGUEZ: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. cit. pág.33.

⁶³Cfr. SILVA SANCHEZ: Aproximación al Derecho penal contemporáneo. cit. págs.288 y siguiente.

ataque contra los bienes jurídicos dignos de protección penal⁶⁴. La lesión y la puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido constituyen el núcleo de la determinación del merecimiento de pena⁶⁵.

El merecimiento de pena es condición necesaria pero no suficiente para proceder a incriminar las conductas lesivas de bienes jurídicos. Se requiere, además, que dichos bienes necesiten la protección penal⁶⁶, de forma que el establecimiento de dicha protección no vulnere los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, y de *ultima ratio*, que informan el Derecho penal.

El valor de un concepto de bien jurídico penalmente protegido como el que aquí adoptamos radica en la posibilidad de ofrecer argumentos a la hora de aplicar el Derecho penal y de elaborar una política criminal clara, controlable y orientada al individuo. Como ponen de relieve HASSEMER/ MUÑOZ CONDE⁶⁷, "más no se puede esperar de este tipo de conceptos fundamentales".

Pretendemos también introducir una concepción dinámica del bien jurídico penalmente protegido, entendido como relación funcional para el desarrollo de la persona y satisfacción de sus necesidades, más allá de la mera contemplación de una situación o posición estática cuyo mantenimiento se considera valioso, lo cual afectará a la propia interpretación de lo que constituye su lesión o puesta en peligro.

⁶⁴Cfr. FIANDACA/ MUSCÓ: *Diritto penale. Parte generale*. 1989, cit. pág.53; RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal. Parte General*. 1978, cit. págs.18 y siguientes.

⁶⁵Cfr. HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit. pág.104.

⁶⁶Cfr. entre otros HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit. págs.73 y siguientes; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.43..

⁶⁷HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit. pág.112.

Señala GIULIANI BALESTRINO⁶⁸, en concreta referencia a los delitos societarios, que la exigencia de establecer el bien jurídico protegido específicamente por la norma incriminadora nace de la necesidad concreta de determinar, entre otras cuestiones, el sujeto pasivo del delito⁶⁹, con todas las implicaciones que de ello derivan en los temas de consentimiento, legitimación en orden a la interposición de la querrela, gravedad del daño, resarcimiento, etc. A ello se añade que tampoco tiene iguales consecuencias para el ciudadano el que su conducta dolosa se halle conminada con una pena tanto si causa como si no un perjuicio económicamente evaluable a los sujetos pasivos. Asimismo no le será indiferente que a la ley penal le baste el que su conducta ponga en peligro el orden económico o, por el contrario, que la norma requiera la efectiva lesión de un patrimonio individual concreto como presupuesto de la sanción; que el consentimiento del sujeto pasivo tenga o no trascendencia en orden a la exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad; o que la imposición de la pena lleve aparejada la reparación del bien jurídico lesionado mediante la condena, vía responsabilidad civil, al pago de indemnizaciones.

Ahora bien, el Derecho penal económico "constituye uno de los sectores de la parte especial en que la utilización del concepto de bien jurídico es más ardua y problemática"⁷⁰,

⁶⁸Cfr. GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. pág.10.

⁶⁹Consideran HASSEMER/ MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit. pág.107, que la distinción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos "universales" o "comunitarios" sólo tiene importancia "para responder a la cuestión de si una persona (y cual) puede consentir válidamente en la lesión de un bien jurídico y puede defenderse contra una agresión a "su bien jurídico". Creemos que la distinción tiene importancia también en otros aspectos, como la determinación del resultado de lesión o peligro exigido por la norma.

⁷⁰PEDRAZZI: *El bien jurídico en los delitos económicos*. cit. pág.282. Es en los actuales procesos de criminalización, progresivamente alejados del concepto de bien jurídico y de las exigencias que de él se derivan donde se manifiestan con mayor

correspondiendo al legislador una misión particularmente ardua: "delimitar una serie de bienes jurídicos que resulten suficientemente inteligibles a pesar de la complejidad del contexto socio-económico; y precisar la tutela con el fin de evitar excesos represivos que tendrían efectos paralizadores del desarrollo económico, e, incluso, llevarían a la inobservancia generalizada de la ley"⁷¹.

Pues bien, precisamente en el tema de los delitos societarios se ha denunciado la falta de precisión en la identificación del objeto de la tutela⁷², defecto que trataremos de subsanar en los apartados siguientes, puesto que la firme delimitación del bien jurídico penalmente protegido sirve a su vez de criterio rector para diferenciar comportamientos de dudosa calificación, así como para proceder a la descripción de los diversos elementos típicos desde la perspectiva de los objetivos dogmáticos y político-criminales que se persiguen⁷³. Se trata de superar el alejamiento respecto al bien jurídico sin que ello suponga renunciar a la búsqueda de eficacia en los instrumentos penales de lucha contra la delincuencia societaria.

Al hilo del comentario acerca de la ubicación sistemática de los delitos societarios tendremos ocasión de comprobar que, aunque el objetivo último de éstos sea salvaguardar el orden económico, la lesión o puesta en peligro de dicho orden económico no se exige para la consumación del hecho. Y no se

claridad las dificultades para encontrar un referente material, un criterio definidor y limitador del poder punitivo. Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. pág.4. Vid. también HASSEMER: **Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale. Aspetti giuridici**. cit. págs.109 y siguientes.

⁷¹PEDRAZZI: **El bien jurídico en los delitos económicos**. cit. pág.285.

⁷²Cfr. NUVOLONE: **Relazione introduttiva**. cit. pág.11.

⁷³MARTINEZ PEREZ: **El delito societario de administración fraudulenta**. cit. pág.321.

exige por la relatividad de este objetivo político-criminal⁷⁴.

Efectivamente, en tema de bien jurídico penalmente protegido en los delitos societarios debemos tener en cuenta que es posible individualizar una serie de conceptos, abstractamente susceptibles de ser calificados como bienes jurídicos penalmente protegidos, dispuestos sobre una línea ideal de mayor a menor proximidad a la conducta incriminada⁷⁵. Cada conducta penalmente sancionada parece expandir la propia aptitud lesiva de las entidades más próximas a las entidades más remotas, perdiendo intensidad en el trayecto⁷⁶. El intérprete debe tener en cuenta esto y efectuar una operación de selección, fundamental a efectos exegéticos y de calificación del delito como de lesión o de peligro⁷⁷. En efecto, los conceptos de lesión y peligro no tienen un carácter absoluto sino relativo, en cuanto que adquieren significado en función de los términos que se tomen como punto de referencia del juicio acerca de la potencialidad ofensiva de la conducta, puesto que un mismo hecho penalmente relevante puede ser calificado como dañoso o simplemente peligroso según donde se

⁷⁴Además, según RODRIGUEZ MOURULLO: **Los delitos económicos en el Proyecto de Código penal**. cit. pág.718, "si se dijo, con razón, que el concepto de orden económico es un concepto evanescente con mayor motivo lo será el de orden socioeconómico, al sumar la ambigüedad que el adjetivo social comporta". Sobre la rúbrica "delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico" adoptada en el Título XII del Libro II del PCP de 1994, vid. *infra*.

⁷⁵Con respecto a las clasificaciones que dan lugar a la distinción, por una parte, entre delitos de resultado y de mera actividad y, por otra, delitos de lesión y de peligro, LAURENZO COPELLO, P.: **El resultado en Derecho Penal**. Valencia, 1992, pág.182, señala que "cabría plantear, más bien, un continuo basado en un criterio único: la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico. De este modo podría distinguirse, partiendo de la mayor intensidad, entre delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto" (en cursivas en el original).

⁷⁶FIGIORELLA: **Reato in generale**. cit. pág.791.

⁷⁷Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. págs.6 y siguientes. Vid. también ANGIONI: **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. cit. págs.7 y siguientes.

sitúe el objeto de tutela⁷⁸. Más en concreto, la definición del delito como de lesión o peligro se presenta íntimamente ligada no sólo al mayor o menor grado de abstracción del bien jurídico (en el sentido de que, cuanto más concretamente se define éste, tanto más fácilmente el tipo podrá ser considerado como de lesión)⁷⁹, sino sobre todo a la proximidad de tal bien a la conducta ilícita (entendiendo así que cuanto más próximo se halle el objeto de tutela tanto más fácil será considerar el tipo como de lesión)⁸⁰. No parece adecuado situar el foco de la protección penal sobre intereses que se colocan en el fondo, como objetivos últimos de la tutela, y que, precisamente por ello, se revelan como demasiado alejados de la conducta ilícita como para que ésta cobre una verdadera capacidad

⁷⁸Vid. ampliamente TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. págs.63 y siguientes.

⁷⁹Cfr. LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho Penal**. cit. pág.181; en el mismo sentido, MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. pág.8.

Vid. en la doctrina italiana, ampliamente, ANGIONI: **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. cit. pág.7; GRASSO, G.: **L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato**. "RIDPP" 1986, pág.691; PAGLIARO, A.: **Il delitto di bancarotta**. Palermo, 1957, págs.8 y siguientes; del mismo autor: **Principi di diritto penale. Parte generale**. 1993, cit. pág.236. Hay que reconocer, con PADOVANI: **La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni**. cit. págs.116 y siguiente, que, en ocasiones, cuando se habla de bienes jurídicos "de amplio espectro", más que a bienes jurídicos en sentido estricto se alude a "metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses, y a las modalidades normativas establecidas para resolverlo o atemperarlo".

⁸⁰FIGORELLA: **Reato in generale**. cit. pág.797. Señala correctamente KAISER: **La lucha contra la criminalidad económica**. cit. pág.177, que "la frecuente <<lejanía del bien jurídico>> se expresa en la técnica legal mediante el recurso al peligro abstracto en la tipificación del delito".

Vid. también PAGLIARO: **Principi di diritto penale. Parte generale**. 1993, cit. pág.237, quien habla de "pre-intereses" puestos en posición más avanzada respecto de los "intereses" en relación a los cuales el hecho inculpativo es simplemente peligroso. No obstante, debemos tener en cuenta que el peligro es necesariamente el estadio previo de la lesión, y si ésta no es determinable con mayor razón no lo será tampoco la efectiva puesta en peligro. Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. pág.40.

ofensiva⁸¹. La solución correcta se encuentra en un retroceso ponderado del bien último o remoto al bien próximo⁸², teniendo presente que "cuanto más nos alejemos de los intereses individuales tangibles, tanto más difícil resultará ponerse de acuerdo sobre la necesidad de que existan normas penales, las cuales implican haber alcanzado un común consenso valorativo"⁸³.

Con respecto a los delitos societarios, se puede observar que la mayor parte de la doctrina tiende a identificar el bien jurídico protegido con los intereses "finales", con respecto a los cuales el perjuicio no es mensurable, con el resultado de que los tipos se configuran como de peligro, e incluso de peligro abstracto, con un grado elevadísimo de anticipación de la tutela⁸⁴. Con ello se produce un desmedido encorsetamiento

⁸¹Denuncia acertadamente LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho Penal**. cit. pág.181, la frecuencia con que "la caracterización de un tipo como de peligro abstracto responde, en verdad, a que no es posible identificar con precisión el objeto de protección de la norma". Aparecen de esta forma "delitos de mera desobediencia que rebasarían los límites dentro de los cuales el Derecho penal está legitimado para actuar. Estos delitos... carecen de toda justificación en un ordenamiento penal orientado a la protección de bienes jurídicos". Como señala TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. pág.17, ha de soslayarse el riesgo de creación de bienes jurídicos ficticios y el consiguiente riesgo de vaciamiento de la antijuridicidad.

⁸²FIORELLA: **Reato in generale**. cit. pág.797. En sentido similar, vid. HASSEMER: **Spunti per una discussione sul tema "bene giuridico e riforma della parte speciale"**. cit. págs.368 y siguientes.

⁸³KAISER: **La lucha contra la criminalidad económica**. cit. pág.177.

⁸⁴Cfr. NAPOLEONI: **I reati societari**. I. cit. págs.38 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. págs.48 y siguientes. Y es que la amplitud y vaguedad en la definición del bien jurídico hace que se consolide la opinión de la imposibilidad de su lesión, por lo que se recurre sistemáticamente a la técnica de los delitos de peligro. Ahora bien, como advierte MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. pág.40, el peligro es el estadio previo de la lesión, y si ésta no es determinable con mayor razón aún no lo será la efectiva puesta en peligro.

de actividades socialmente útiles, un exceso represivo que podría tener efectos paralizantes sobre el desarrollo económico⁸⁵. Desde este punto de vista someteremos a revisión crítica, en un apartado posterior, el abusivo adelantamiento de la tutela penal, puesto que no sólo se trata de definir lo que se ha de proteger sino también de concretar cómo hacerlo⁸⁶. Pretendemos, pues, un cambio de punto de vista, tratando de centrar la atención en los bienes "próximos-intermedios".

Por otra parte, el contexto en que se encuentra ubicado un precepto, los títulos y las rúbricas bajo los cuales se cobija, pueden facilitar la labor interpretativa a la hora de determinar su verdadero sentido. Ello sin perjuicio de considerar el carácter meramente auxiliar de la interpretación sistemática.

El Título XII del Libro II del PCP de 1994 se denomina "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"⁸⁷. Su antecedente inmediato se halla en el

⁸⁵Cfr. PEDRAZZI: El bien jurídico en los delitos económicos. cit. pág.287.

⁸⁶Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.60.

⁸⁷Un Título dedicado a los "delitos contra el orden socio-económico" constituye una novedad en el Derecho comparado europeo, puesto que no es posible encontrar relación entre los delitos económicos y el título que el Código penal italiano dedica a la economía, la industria y el comercio, que se rige por criterios distintos. Sólo puede encontrarse similitud con los delitos contra la Economía del Proyecto Alternativo alemán, y los "Crimes contra a Economia", rúbrica de la Subsección II de la Sección II del Capítulo II del Decreto-ley portugués N° 28/ 84 sobre "Infracciones contra la Economía Nacional".

El Título XII del PCP español de 1994 incluye quince capítulos, que tratan de los hurtos, robos, extorsión, robo y hurto de uso de vehículos, usurpación, estafas, apropiación indebida, infracción de los derechos de la propiedad intelectual, defraudaciones del fluido eléctrico y análogas, insolvencias punibles, alteración de precios en concursos y subastas públicas, daños, delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, sustracción de cosa propia a su utilidad social, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos societarios y receptación y otras

Título XII del Libro II del PCP de 1992, que ostentaba idéntico encabezamiento⁸⁸. Los antecedentes más remotos de esta rúbrica, si bien no coincidentes plenamente, están constituidos por el Título VIII del Libro II del PCP de 1980, que se refería a los delitos contra el orden socio-económico⁸⁹; y por el Título XII de la PANCP, también encabezado como delitos contra el orden socioeconómico⁹⁰.

conductas afines.

⁸⁸El Título XII del Libro II del PCP de 1992 contenía dieciseis capítulos, que regulaban el hurto, el robo, la extorsión, el robo y hurto de uso de vehículos, la usurpación, la estafa, la apropiación indebida, la infracción de los derechos de la propiedad intelectual, las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, las insolvencias punibles, la alteración de precios en concursos y subastas públicas, los préstamos y negocios abusivos, los daños, los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos societarios, la receptación y el blanqueo de dinero y los delitos contra la Hacienda Pública.

⁸⁹El Título VIII del PCP de 1980 incluía bajo la rúbrica "Delitos contra el orden socio-económico" once capítulos, que trataban de la insolvencia punible, las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores, las infracciones de los derechos de autor, las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito, los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales, los delitos financieros, los delitos contra la Hacienda Pública, los delitos relativos al control de cambios, los delitos de contrabando, los delitos contra la ordenación urbanística y los juegos ilícitos.

⁹⁰En la PANCP de 1983, el Título XI se dedicaba a los "Delitos contra el patrimonio", recogiendo la regulación de los hurtos, robos, extorsión, utilización indebida de vehículos de motor, usurpación, estafas, apropiación indebida, defraudaciones de los derechos de autor, defraudaciones del fluido eléctrico y análogas, insolvencias punibles, encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, usura y daños. El Título XII, que trataba, como hemos señalado, "de los delitos socioeconómicos", regulaba los delitos relativos a la propiedad industrial y a los secretos industriales, delitos publicitarios, alteración de precios y prácticas restrictivas de la competencia, otros delitos relativos a la regulación de mercados, sustracción de la cosa propia a su utilidad social, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos relativos a la Seguridad Social y a la contratación de trabajadores, delitos financieros, delitos contra la Hacienda Pública y delitos relativos al control de cambios.

La Exposición de Motivos del PCP de 1980 observó que "se otorga carta de naturaleza, como objeto de protección penal al orden económico, entendido en un sentido amplio como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios", refiriéndose con ello a los delitos recogidos en el Título VIII. El Título de los delitos contra el orden socio-económico fue calificado por distintos comentaristas como la novedad más importante de la Parte especial del PCP español de 1980⁹¹, así como uno de los grandes pilares de la reforma, una de las razones que más ampliamente la justificaban⁹². Sin embargo, el comentario de la rúbrica utilizada por el pre-legislador originó una extensa polémica doctrinal en torno a la consideración del orden económico como bien jurídico penalmente protegido en los delitos regulados en los Títulos VIII de 1980 y XII de 1983, polémica que curiosamente se ha traducido en la unificación en el mismo Título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico tanto en 1992 como en 1994⁹³.

Para determinar si el orden económico constituye el bien jurídico penalmente protegido, o al menos uno de ellos, en los delitos societarios, es preciso delimitar previamente las nociones de Derecho penal económico y de delito económico, esta

⁹¹Cfr. por todos BAJO FERNANDEZ: Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de CP. cit. pág.17; BARBERO SANTOS: Los delitos económicos en la legislación española. cit. pág.111; QUINTERO OLIVARES: Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código Penal. cit. pág.663.

⁹²RUIZ VADILLO, E.: Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Madrid, 1980, pág.61.

⁹³Desde una perspectiva crítica sobre el tratamiento conjunto de los delitos patrimoniales y de los delitos contra el orden socio-económico, vid. GONZALEZ RUS: Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal de 1992. cit. págs.167 y siguiente; del mismo autor: La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. "EPC" XVII, 1994, págs.130 y siguientes. En efecto, es curioso que aquello que en 1980 se consideró como la novedad más importante del Proyecto se considerase en 1992, y nuevamente en 1994, poco más que un elemento perturbador y provocador de estériles polémicas.

vez no desde un punto de vista criminológico sino dogmático-jurídico⁹⁴. En dicha labor de conceptualización seguiremos la obra fundamental de BAJO FERNANDEZ⁹⁵, complementada con las aportaciones de TIEDEMANN⁹⁶, RODRIGUEZ MOURULLO⁹⁷, y otros.

7. 4. 2. Derecho penal económico y delito económico.

La noción de Derecho penal económico se vincula de forma íntima con la existencia del Derecho económico.

Si bien es cierto que, como subraya RODRIGUEZ MOURULLO⁹⁸, "allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho penal económico, más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica", su necesaria presencia sólo recibió explicitación en el siglo XX⁹⁹. En efecto, la raíz del Derecho penal

⁹⁴Con PEDRAZZI, C.: *Interessi economici e tutela penale*. en STILE (a cura di): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. cit. pág.295, hemos de señalar que no es posible afirmar la coincidencia de la delincuencia económica y del Derecho penal económico: las perspectivas jurídica y criminológica deben distinguirse siempre.

⁹⁵Vid. BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. cit. págs.36 y siguientes; del mismo autor y SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.562 y siguientes.

⁹⁶Vid. TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. I. AT. 1976, cit. págs.54 y siguientes, sobre los dos conceptos de delito económico; del mismo autor: *Poder económico y delito*. cit. págs.16 y siguientes; del mismo autor: *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*. cit. págs.2 y siguientes; etc.

⁹⁷Vid. RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. págs.678 y siguientes.

⁹⁸RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.678.

⁹⁹A ello no obsta que ya en el Derecho romano se preveían sanciones para los que especularen con los precios de los cereales o evadieren impuestos, e iguales medidas punitivas se preveían en la Edad Media para los que infringían las normas

económico se halla, como señala BARBERO SANTOS¹⁰⁰, "en el fracaso de los esquemas basados en un ilimitado liberalismo económico que, al hacer crisis en 1929, evidenció que el sistema de economía de mercado exigía la presencia del Estado".

El espectacular desarrollo del Derecho penal económico se vincula al creciente auge del intervencionismo público en la economía¹⁰¹, el cual da origen a una nueva y discutida rama del Ordenamiento jurídico: el Derecho económico¹⁰². El conjunto de medidas mediante las cuales se someten las

sobre calidad o precio de los productos en los mercados. En la Edad Moderna se encuentran numerosas disposiciones legislativas que sancionaban penalmente las infracciones en materia de concesiones y monopolios reales sobre determinados productos. Cfr. MUÑOZ CONDE: *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP*. cit. págs.114 y siguiente. Más ampliamente, sobre los orígenes históricos del Derecho penal económico, vid. TIEDEMANN: *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*. cit. págs.2 y siguiente.

¹⁰⁰BARBERO SANTOS: *Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos*. cit. págs.147 y siguiente.

¹⁰¹El fenómeno de la intervención del Estado en la fiscalización, regulación y gestión de actividades económicas se inicia a fines del siglo pasado y comienzos del presente, en un primer momento con medidas estatales destinadas a solventar problemas de subsistencia y vivienda de los grupos más desfavorecidos económicamente. Las grandes guerras de este siglo impusieron como una necesidad la intervención estatal en las distintas fases de la actividad económica, restringiendo, en mayor o menor medida, la libre iniciativa empresarial y modificando las reglas del mercado. Cfr. MARTOS NÚÑEZ: *Derecho penal económico*. cit. pág.115.

¹⁰²En torno al origen y las dificultades de determinación del concepto de Derecho Económico, vid. entre otros, CHAMPAUD: *Contribution a la definition du droit economique*. "Il diritto dell'economia" núm.2, 1967, págs.141 y siguientes; GARRETA SUCH: *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. cit. págs.21 y siguientes; GIRINO, F.: *Aspetti dall'evoluzione del "diritto economico" in sistemi diversi*. "Il diritto dell'economia" núm.2, 1967, págs.161 y siguientes; POLO, A.: *El nuevo Derecho de la Economía. Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho Mercantil*. "RDM" núm.3, 1946, págs.373 y siguientes; ROJO FERNANDEZ-RIO, A.: *El Derecho Económico como categoría sistemática*. "RGLJ" núm.3, 1980, pág.249; RUIZ VADILLO: *Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional*. cit. págs.194 y siguientes.

actividades económicas nacionales e internacionales de un país a reglas obligatorias que limitan las posibilidades de actuación de empresas o individuos, con fines de protección de una forma determinada de organización socio-económica nacional, forman, a juicio de NOVOA MONREAL¹⁰³, el contenido del Derecho económico. Se trata, en resumen, del Derecho de la economía dirigida por el Estado¹⁰⁴, del Derecho que vela por la protección y preservación de un orden económico.

El Derecho penal económico puede ser definido como el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico¹⁰⁵. Esta definición no predetermina la solución del problema que se plantea en torno a la subsidiariedad del Derecho penal económico frente al Derecho penal común o, lo que puede resultar más interesante, del Derecho penal en su relación con el Derecho económico¹⁰⁶. La correcta comprensión del concepto ofrecido exige determinar el sentido del objeto de protección, esto es, del orden económico.

El compromiso actualmente alcanzado a nivel comunitario y constitucional entre la iniciativa pública y la privada, entre

¹⁰³NOVOA MONREAL, E.: Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico. "ADPCP" 1982, pág.57.

¹⁰⁴Cfr. BAJO FERNANDEZ: Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial. cit. págs.94 y siguientes. Según TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.16, el concepto restringido de Derecho económico que utilizamos en el texto se origina históricamente en la dirección y planificación estatal de la economía; el concepto de Derecho económico en sentido amplio, como Derecho de las actividades económicas o de la empresa, no constituye una categoría nueva, limitándose a agregar al Derecho ya existente un valor específicamente económico general, reuniendo de forma sistemática las leyes vigentes sobre la materia.

¹⁰⁵BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. pág.562. Sobre la definición del "diritto penale dell'economia", vid. PATERNITI, C.: Fenomenologia ed esegisi dei reati contro l'economia. en Studi in memoria di Giacomo Delitala. II. Milano, 1984, pág.1084.

¹⁰⁶TIEDEMANN: Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia. cit. pág.2.

la defensa de valores patrimoniales individuales y de otros valores de carácter público, colectivo o difuso, permite concebir el orden económico desde dos perspectivas distintas, dando lugar a dos concepciones del Derecho penal económico.

Derecho penal económico en sentido estricto es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía¹⁰⁷. En consecuencia, delito económico en sentido estricto es la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país. Según este concepto estricto, el Derecho penal económico se reduce a los delitos que atentan contra la determinación y formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando y los delitos fiscales. Curiosamente, el PCP de 1994, al igual que su inmediato antecesor, el PCP de 1992, se caracteriza en esta materia por haber excluido de su regulación la mayoría de estos delitos económicos en sentido estricto, es decir, los delitos contra la Hacienda Pública, los delitos de contrabando y los monetarios¹⁰⁸.

Desde una perspectiva amplia, se define el Derecho penal económico como el conjunto de normas jurídico-penales que

¹⁰⁷TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. pág.19, define el Derecho penal económico, en este sentido restrictivo, como "derecho de la dirección de la economía por el Estado", indicando que se trata con él de proteger los objetivos de la planificación estatal.

¹⁰⁸Estos delitos se incluían en el PCP de 1980 y en la PANCP de 1983, relegándose tanto en el texto de 1992 como en el de 1994 a leyes especiales. Esta decisión del pre-legislador ha sido criticada por MUÑOZ CONDE: **Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma**. cit. págs.271 y siguiente, por considerar que las razones de coyunturalidad y mayor movilidad de estos delitos no justifican su apartamiento de las previsiones del Código penal ordinario. En sentido contrario, vid. GONZALEZ RUS: **Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal de 1992**. cit. pág.173.

protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios¹⁰⁹. En esta concepción amplia el orden económico se presenta como un objeto de protección de segundo grado detrás de los intereses patrimoniales individuales¹¹⁰. Así, delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios¹¹¹. En este grupo se incluyen los delitos de insolvencia, competencia ilícita, usura, estafa, fraudes alimentarios, delitos laborales, receptación, malversación de caudales públicos, etc¹¹². Y también los delitos societarios¹¹³.

¹⁰⁹TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.19, señala que "se otorga un ámbito mayor al concepto de <<delitos económicos>> aceptando la idea de que el Derecho Económico está formado por el conjunto de normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción y la fabricación y distribución de bienes económicos".

¹¹⁰Vid. HUERTA TOCILDO, S.: Los delitos patrimoniales en el Proyecto de C.P. de 1980. "CPC" núm.15, 1981, págs.474 y siguientes.

¹¹¹Este concepto amplio de delito económico permite una cierta congruencia entre los estudios científicos de carácter jurídico y los de carácter criminológico, si bien se pierde la univocidad y precisión exigibles en la labor conceptual. Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. pág.563. En este sentido, señala TIEDEMANN: Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia. cit. pág.1, que la interpretación extensiva del concepto "Derecho penal económico" sostenida en Alemania se apoya sobre el criterio criminológico, según el cual la ejecución de la acción criminal se produce a través de, o para favorecer a, una empresa económica (<<corporate crime>>).

¹¹²Cfr. BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. págs.563 y siguiente.

¹¹³Vid. entre otros, GONZALEZ RUS: Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal de 1992. cit. pág.171; MOLINA BLAZQUEZ: Los delitos socio-económicos en el proyecto de Código Penal de 1992. cit. marginal 255.

En los países de lengua alemana la concepción plenamente dominante considera que la característica del delito contra la economía radica en la lesión de bienes jurídicos supraindividuales (sociales o colectivos) de la vida económica¹¹⁴. No se trata, ciertamente, de una opinión reciente, pues ya fue formulada en su día por LINDEMANN¹¹⁵, quien identificaba como bien jurídico el conjunto de la economía del país, considerando que era delito económico "aquel acto punible que se dirige contra el conjunto de la economía o contra ramas o elementos de la misma funcionalmente relevantes". Ello ha conducido a una búsqueda general de tales bienes jurídicos supraindividuales o colectivos de la vida

¹¹⁴Cfr. KAISER: *Introducción a la Criminología*. cit. pág.364; SCHNEIDER, H. J.: *Jugendstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Strafvollzug*. München, 1992, pág.147; TIEDEMANN: *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*. cit. pág.5; del mismo autor: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. I. AT. 1976, cit. pág.56. Esta es también la concepción adoptada por el Proyecto Alternativo alemán. Vid. LAMPE/ LENCKNER/ STREE/ TIEDEMANN/ WEBER: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Wirtschaft*. 1977, cit. pág.19. En contra, vid. SCHÜNEMANN, B.: *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*. "Cuadernos del CGPJ", pág.36, para quien el Derecho penal económico significa ante todo "protección del ciudadano en su actividad como sujeto económico", resultando de la globalidad de las protecciones individuales, por sí misma, la preservación de la institución de la economía de mercado. Consideramos preferible esta postura, por las razones expresadas supra. Vid. también la bibliografía en lengua alemana que recoge KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.177, nota núm.20.

En España admiten esta definición como criterio de diferenciación general entre los delitos económicos y los patrimoniales, entre otros, GONZALEZ RUS: *Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992*. cit. págs.168 y siguiente, aun reconociendo que no es éste el aspecto que se ha considerado preferente en la configuración típica de los delitos económicos contenidos en el PCP de 1992, sino su incidencia en la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; y TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.54 y siguiente.

¹¹⁵LINDEMANN: *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*. Jena, 1932, pág.19.

económica, contribuyendo con esto a una evolución inflacionaria¹¹⁶. El frecuente distanciamiento del bien jurídico se manifiesta en la técnica legislativa a través de la creación de tipos de peligro abstracto¹¹⁷.

Parece oportuno recordar también un concepto intermedio, funcional, de Derecho penal económico que incluye aquellos delitos que, sea por su modo de llevarse a cabo¹¹⁸, sea por el perjuicio que producen, pueden poner en grave peligro o lesionar la estabilidad económica, o hacer desaparecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones públicas relacionadas con la economía¹¹⁹. También en este

¹¹⁶En este sentido, vid. por todos VOLK, K.: *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*. "JZ" 1982, págs.87 y siguiente.

¹¹⁷Vid. SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1979, pág.23; del mismo autor: ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?. cit. págs.34 y siguientes. Señala TIEDEMANN: *Il diritto penale dell'economia: suo ambito e significato per il diritto penale e per l'economia*. cit. pág.6, que la afirmación conforme a la cual la definición operada sobre la base de los bienes jurídicos colectivos favorece la tendencia a la ampliación del Derecho penal económico, si bien no infundada, es inadecuada. Según el autor alemán, en el ámbito del complejo proceso económico moderno se insertan numerosas situaciones jurídicas relevantes que asumen una posición intermedia entre la del Estado y la de los operadores económicos individuales.

¹¹⁸En el Proyecto Alternativo alemán se consideró que el delito económico podía consistir tanto en actuaciones contrarias no sólo a intereses individuales sino también sociales o supraindividuales, como en la utilización irregular de medios instrumentales indispensables en la economía actual. Cfr. LAMPE/ LENCKNER/ STREE/ TIEDEMANN/ WEBER: *Alternativ-Entwurf. BT. Straftaten gegen die Wirtschaft*. 1977, cit. pág.19.

¹¹⁹LEIGH, L. H.: *Rapport*. presentado en Council of Europe: "Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires", Estrasburgo, 15-18 nov. 1976, de la Note du Secrétariat Général préparée par la Direction des Affaires Juridiques, pág.130; OTTO, H.: *Die Tatbestände gegen Wirtschaftskriminalität im Strafgesetzbuch*. "Jura" 1989, págs.26 y siguiente.

Este concepto parece haber sido seguido por el parágrafo 30 de la Ordenanza tributaria alemana. Dicha norma admite el levantamiento del secreto fiscal cuando se persigan o deban perseguirse acciones económicas punibles que, por la forma que

grupo se incluyen los delitos societarios, por cuanto su aptitud lesiva de la confianza en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles es indudable cuando las afectadas por el delito son grandes sociedades anónimas que gestionan en su seno intereses patrimoniales de miles de pequeños accionistas. No obstante, TORIO LOPEZ¹²⁰ ha puesto de manifiesto cómo estas definiciones de delito económico (por otro lado, no claramente deslindables del concepto de delito económico en sentido amplio) permiten presentar como figuras de delito que protegen el interés general en el funcionamiento correcto del sistema económico de la sociedad "delitos que sustancialmente protegen intereses patrimoniales de sujetos de derecho privado que operan en el espacio económico, o en áreas de él como el tráfico mercantil". Esta observación es aplicable de lleno a los delitos societarios, puesto que cabe discutir fundadamente la existencia de la aptitud lesiva que anteriormente señalábamos cuando la sociedad afectada por la comisión de delitos societarios es una pequeña SRL o una SA familiar.

7. 4. 3. El orden económico en sentido amplio como bien jurídico mediata o indirectamente protegido.

Aunque el orden económico, en uno u otro sentido, es objeto de protección jurídica, en su aspecto amplio nunca se presenta como bien jurídico inmediatamente protegido, de forma directa

adopten o por la magnitud del daño causado, puedan perturbar considerablemente el orden económico o menoscabar la confianza de la colectividad en la transparencia del tráfico mercantil o en la labor reguladora de las autoridades o instituciones públicas. Cfr. TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.31.

¹²⁰Cfr. TORIO LOPEZ, A.: Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal. "EPC" V, 1982, pág.112.

ni en sentido técnico¹²¹. Ello supone que nunca aparece como elemento del tipo de injusto, con la consecuencia de que su lesión o su puesta en peligro no necesitan ser abarcadas por el dolo del autor¹²², ni son precisas para la consumación del delito¹²³.

Y ello se debe a que, como ha señalado en repetidas

¹²¹Cfr. BAJO FERNANDEZ: Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal. cit. pág.20; del mismo autor: Delitos monetarios. Cuestiones comunes a las distintas figuras de delito. "CLP" IV, 1985, pág.58; BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.565. En el mismo sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER: Notas sobre la PANCP. cit. pág.71; y PEDRAZZI: **Interessi economici e tutela penale**. cit. pág.303.

Se trata de lo que la doctrina italiana llama "bien jurídico categorial". STAMPA/ BACIGALUPO: **La reforma del Derecho penal económico español**. cit. págs.24 y siguientes, entienden que aceptar esta definición "es tanto como hacer todavía más imprecisos los contornos de ese supuesto bien jurídico, identificado así con el propio concepto primario de la economía general". Sobre la incapacidad de la "economía en general" para funcionar como bien jurídico, vid. PEDRAZZI: *op. cit.* pág.298. No obstante, como ha evidenciado BAJO FERNANDEZ: **La Constitución económica española y el Derecho penal**. cit. pág.176, es falsa la pretendida identificación entre el concepto de orden económico que se infiere de la Exposición de Motivos del PCP de 1980 y un sedicente "concepto primario de la economía en general", entre otras razones porque la alusión al orden económico que hace el Proyecto es concebida por éste como "regulación", en la inteligencia de que tal regulación es una ordenación estatal o jurídica. Y, por otra parte, como el mismo autor pone de relieve, aunque en la Exposición de Motivos se hable de un "objeto de protección penal", con ello no se prejuzga que el orden económico constituya el bien jurídico en sentido técnico, puesto que se utiliza más bien en el sentido genérico de objetivo político-criminal.

¹²²Como señalan OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S.: **Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito**. 2. ed. Madrid, 1986, pág.76, "lo que del bien jurídico se incorpora al tipo es un aspecto negativo: su lesión o puesta en peligro (afección del bien jurídico)".

¹²³Sostiene correctamente SCHÜNEMANN: ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?. cit. pág.35, que "el gigantesco organismo de la economía de mercado es, naturalmente, completamente insensible, en su función global, a las acciones defraudatorias individuales...". Vid. también TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. pág.45.

ocasiones la doctrina penal, el orden económico entendido en sentido amplio "es incapaz de servir de bien jurídico común y de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales"¹²⁴. Se configura como un bien demasiado alejado de la conducta delictiva como para que ésta cobre verdadera capacidad ofensiva¹²⁵. La tipificación de una lesión o de una concreta puesta en peligro del orden económico es difícilmente imaginable, ya que el menoscabo de un bien de carácter supraindividual como el orden económico se produce, más que por un acto individual concreto, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran

¹²⁴MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.6. Se manifiesta en el mismo sentido PEDRAZZI: *Interessi economici e tutela penale*. cit. pág.298, alegando la multiplicidad y heterogeneidad de los intereses reconducibles a la esfera económica. Considera el autor italiano que la protección del orden económico no es más que un objetivo tendencial de la regulación de los delitos económicos. Vid. también, entre otros, GALLO: *Forma dei reati e funzione del danno in talune norme penali societarie*. cit. pág.391; ZUCCALA, G.: *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*. "Diritto Penale dell'Economia" 1989, pág.259.

Sobre el intento de determinar el criterio de diferenciación entre los delitos socio-económicos y los patrimoniales con base en el bien jurídico penalmente protegido (colectivo o supraindividual en el primer caso e individual en el segundo), vid. HUERTA TOCILDO: *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de C.P. de 1980*. cit. págs.473 y siguientes.

¹²⁵Cfr. FIORELLA: *Reato in generale*. cit. pág.797. Vid. SCHÜNEMANN: *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*. cit. pág.37, quien pone de manifiesto que el orden económico global es "inadecuado por su abstracción para ser el bien jurídico preciso de referencia típica". En opinión de QUINTERO OLIVARES: *Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal*. cit. pág.261, los tipos que se incardinaban en el Título VIII de la PANCP de 1983 "no pretenden en puridad defender el orden económico... sino ciertos intereses y valores que sólo de un modo remoto o mediato inciden en el orden económico 'teórico-jurídico'"; razón por la cual considera inadecuados los términos de la rúbrica utilizada en el citado título. Ello no obstante, señala este autor que "si en lugar de referirse al orden económico lo hiciera a las 'reglas de comercio y otras normas económicas', posiblemente decaerían los motivos de crítica"; por tanto, concluye diciendo que "me parece lo más ponderado no profundizar en una crítica que se apoyaría en un defecto fácilmente subsanable".

el sistema y su funcionamiento¹²⁶. Y debido precisamente a la dificultad de determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el orden económico, la técnica que habitualmente parece más adecuada al legislador es la de los tipos de peligro abstracto¹²⁷. Ahora bien, siempre que sea posible, creemos preferible reconducir el bien colectivo o supraindividual a un bien jurídico individual, con el fin de llegar a la definición de los bienes "próximos-intermedios" a los que ya hemos hecho mención.

En definitiva, conviene tener presente que cuando el pre-legislador se refiere al "orden económico en sentido amplio", simplemente está describiendo un objetivo político criminal que ha servido de criterio sistematizador para agrupar determinadas figuras delictivas bajo el común denominador de <<delitos contra el orden económico>>"¹²⁸. Esta expresión, utilizada como parte de la rúbrica del Título XII del PCP de 1992 y del PCP de 1994, no constituye un bien jurídico, sino una pura categoría sistemática de referencia¹²⁹. Se trata de "un criterio de agrupación sistemática de algunas figuras delictivas en atención a lo que se viene entendiendo por orden económico como objeto de protección constitucional y jurídica, sin dar a entender, por ello, que ese orden económico se

¹²⁶Cfr. RODRIGUEZ MONTAÑES, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, 1994, págs.300 y siguientes.

¹²⁷Cfr. RODRIGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. págs.301 y siguientes.

¹²⁸BAJO FERNANDEZ: Marco constitucional del Derecho penal económico. cit. pág.254. Coincidentes, entre otros, GONZALEZ RUS: La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. cit. pág.171; y MARTINEZ PEREZ: Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa. cit. pág.67.

¹²⁹RODRIGUEZ MOURULLO: Los delitos económicos en el proyecto de Código penal. cit. pág.718. Como con razón advierte BAJO FERNANDEZ: Los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código Penal. cit. pág.20, "el hecho de que la rúbrica del título rece Delitos contra el orden socio-económico no quiere decir que sea éste el bien jurídico protegido, técnicamente hablando". En el mismo sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER: Notas sobre la PANCP. cit. pág.71.

convierta en bien jurídico protegido de las figuras delictivas del título (y sólo de ellas) con las consecuencias pertinentes en orden al tipo de injusto, dolo, consumación, participación, etc.¹³⁰.

Las objeciones que pueden oponerse a la consideración del orden económico como bien jurídico penalmente protegido en los delitos societarios son muchas y severas. En la doctrina italiana ha puesto de manifiesto GIULIANI BALESTRINO que el hecho de que un delito societario pueda ser, en algún caso concreto, incluso beneficioso para el orden económico, excluye ~~evidentemente que éste sea el bien jurídico protegido~~¹³¹.

También se ha observado oportunamente que es difícil hablar de lesión del orden económico en el caso no infrecuente, por ejemplo, de presentación de balances falsos en una pequeña sociedad mercantil de tipo familiar¹³²; los delitos societarios pueden ser cometidos tanto por administradores de las grandes sociedades anónimas que constituyen el corazón de la economía de mercado como por los administradores de pequeñas sociedades colectivas o limitadas, que atraen el ahorro de unos pocos grupos familiares¹³³.

Se trata, en fin, únicamente de una categoría sistemática de referencia, expresiva del objetivo político-criminal perseguido por el pre-legislador a la hora de proceder a la incriminación de ciertas conductas.

¹³⁰BAJO FERNANDEZ: La Constitución económica. cit. págs.175 y siguientes.

¹³¹Cfr. GIULIANI BALESTRINO: I problemi generali dei reati societari. cit. pág.13. Vid. también CONTI: Disposizioni penali in materia di società e di consorzi. 1988, cit. pág.58, en relación con el delito de falsas informaciones sociales; del mismo autor: Diritto penale commerciale. I. cit. pág.118; MAZZACUVA: Bene giuridico e tecniche di tutela nel Diritto penale societario. cit. pág.213.

¹³²CONTI: Disposizioni penali in materia di società e di consorzi. 1988, cit. pág.58. Vid. supra.

¹³³Cfr. FIORELLA: Reato in generale. cit. págs.953 y siguiente.

Ahora bien, el orden económico en sentido amplio cobija en su seno múltiples intereses de naturaleza heterogénea. La disciplina penal de la actividad desarrollada por el órgano de administración de las sociedades pretende en particular, como objetivo de política criminal, la tutela de un interés supraindividual, colectivo¹³⁴, centrado en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles¹³⁵. Los intereses individuales de naturaleza patrimonial afectados por las conductas punibles en el marco de las sociedades mercantiles no pueden, en muchos casos, ser protegidos por los delitos contra el patrimonio hoy existentes, como reconocen la doctrina científica y el propio legislador, si se opta por su incriminación en un Capítulo aparte se reconoce la tutela de algo más que el simple patrimonio individual.

No existe duda de que los delitos societarios se cometen empleando medios que el legislador protege como instrumentos de la vida económica mediante tipificaciones penales autónomas¹³⁶. La reiteración de las conductas delictivas pone en peligro el orden económico en sentido amplio, concretado en la función que las sociedades mercantiles cumplen hoy en día en nuestro sistema económico.

Los intereses afectados trascienden a los patrimoniales individuales desde el momento que se observa el relevante papel que las sociedades mercantiles desempeñan en el actual tráfico

¹³⁴Cfr. PEDRAZZI: *Interessi economici e tutela penale*. cit. pág.301, quien subraya que el fenómeno de la ofensa a intereses colectivos presenta un relieve criminológico además del propiamente jurídico, y en particular victimológico, como ya se puso de relieve en su momento.

Vid. *supra*, en torno a la afectación del individuo como requisito fundamental del concepto de bien jurídico-penal.

¹³⁵Cfr. ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. págs.41 y siguientes; DI AMATO: *Diritto penale dell'impresa*. 1992, cit. págs.108 y siguiente.

¹³⁶Por ejemplo, la falsedad en balances-mercantiles. Cfr. TIEDEMANN: *Poder económico y delito*. cit. pág.18.

económico¹³⁷, afirmación que no contradice el hecho de que exista un gran número de sociedades de pequeñas dimensiones, dato que indica simplemente que el tráfico mercantil, con todas sus implicaciones, está en la práctica en manos de empresarios sociales¹³⁸.

En fin, castigar los delitos societarios permite sancionar las conductas que pueden impedir u obstaculizar gravemente el cumplimiento de las funciones que a las sociedades corresponden en la economía social de mercado. Ahora bien, resulta evidente que un tal complejo agregado de funciones, de instrumentos y, en general, de intereses económicos, es difícilmente reconducible a un concepto sintético expresivo de un interés, o de un valor, unívoco y fundamental para el funcionamiento del sistema social, interés o valor sobre el que habría de proyectarse la tutela penal. La heterogeneidad de los elementos integradores del sistema dentro del cual se encuadran las sociedades mercantiles desaconseja político-criminalmente la labor de tipificar conductas pretendidamente lesivas de su correcto funcionamiento, como interés que deba ser tutelado directamente, pues a menudo podrá ocurrir que los comportamientos que aparezcan como claramente perjudiciales para uno de los elementos de esa estructura resulten materialmente beneficiosos para el equilibrio global de la misma. Con lo precedente se trata de tener en cuenta que, en relación con el funcionamiento de las sociedades, los efectos reales de la conducta delictiva (los determinantes de la antijuridicidad material) pueden ser positivos o negativos, en función de la coyuntura económica y de la reacción de los demás factores del sistema. Para determinar la lesividad y los perjuicios efectivos causados por las conductas aludidas es preciso ponerlas en relación con objetos de referencia más próximos y concretos.

¹³⁷Cfr. PEDRAZZI: *Interessi economici e tutela penale*. cit. pág. 303.

¹³⁸Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág. 37.

Las dificultades que se han enunciado a la hora de fijar el objeto en el que se materializan los intereses totales que confluyen en torno a los delitos societarios aconsejan el recurso a vías de tutela fragmentarias e indirectas, esto es, a la protección del sistema a través de la tutela penal de sus elementos fundamentales.

BATISTA observa al respecto que tras la proclamación de la defensa penal del derecho a la información de socios y terceros, de los intereses patrimoniales de los acreedores o de la sociedad, lo que en realidad se está protegiendo en los delitos societarios es a la sociedad mercantil como instrumento jurídico a disposición del capital, el cual, eso sí, debe ser utilizado bajo la observancia de ciertas reglas que promuevan la constitución del mismo (credibilidad pública), su reproducción (justa remuneración del capital) y su rentabilidad (correcta gestión empresarial)¹³⁹.

Ahora bien, no es conveniente que el legislador aborde el tratamiento de los delitos societarios desde esta perspectiva de la protección del interés supraindividual o colectivo que ha sido precisado anteriormente. Se ha de colocar en la primera línea de protección el patrimonio individual de los socios, de terceros y de la propia sociedad mercantil, exigiendo en algunas ocasiones su lesión y en otras su puesta en peligro para entender consumado el delito. Y ello puesto que, tras un análisis de los principios que rigen el funcionamiento de las sociedades mercantiles, podemos concluir que su objetivo fundamental es garantizar la incolumidad del patrimonio de la propia sociedad mercantil, de sus socios y de los terceros acreedores o posibles inversores, compatibilizando esta

¹³⁹Cfr. BATISTA, N.: *Rapport national. Brésil*. presentado al Coloquio Internacional celebrado en Friburgo de Brisgovia (RFA), 20 a 23 de septiembre de 1982, sobre el tema "Conception et principes du Droit Pénal économique et des affaires y compris la protection du consommateur", en "RIntDP" 1983, núms.1 y 2.

protección con una gestión empresarial eficaz.

La diferencia entre estos delitos y los puramente patrimoniales radicarán, pues, en que a través de la protección inmediata de los patrimonios individuales se protege de forma mediata el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles¹⁴⁰, concretado en la veracidad de las informaciones sociales, la integridad del patrimonio y del capital social y la fidelidad de los órganos sociales¹⁴¹. En los delitos societarios el bien jurídico inmediatamente protegido en sentido técnico no agota la ratio de la norma penal¹⁴².

Con esta configuración de los tipos penales se obvian los problemas de prueba que conlleva demostrar la lesión o puesta en peligro concreto de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual o colectiva. Siguiendo esta tendencia, en el PCP de 1994 únicamente en el artículo 295 no se exige la lesión o puesta en peligro de un patrimonio individual, tutelándose en este caso directamente los derechos de los socios

¹⁴⁰Cfr. MIRTO: *Il diritto penale delle società*. cit. págs.33 y siguientes, especialmente págs.56 y siguiente. En el mismo sentido, PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*. cit. pág.221, señala que el bien jurídico protegido en la regulación italiana de los delitos societarios oscila entre la protección de un interés patrimonial privado y la de un interés colectivo.

¹⁴¹Como señala FIORELLA: *Reato in generale*. cit. pág.797, el bien jurídico "economía pública" se configura como "último" respecto a conductas que producen una limitada ofensa patrimonial. El orden económico aparece como objeto de protección mediato o secundario, según PEDRAZZI: *Interessi economici e tutela penale*. cit. pág.303.

¹⁴²PEDRAZZI: *El bien jurídico en los delitos económicos*. cit. pág.284. La ratio refleja no sólo el objeto de protección, sino también el grado y las condiciones, esto es, los límites de la tutela. En este sentido, vid. también TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.59 y siguiente. Vid. en general sobre la ratio legis y el bien jurídico inmediatamente protegido o bien jurídico en sentido técnico, COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.250; VIVES ANTON en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.22.

reconocidos por las leyes mercantiles frente a los administradores de hecho o de derecho que nieguen o impidan su ejercicio. En efecto, este precepto se configura como meramente sancionador de incumplimientos de obligaciones mercantiles, reduciéndose su injusto típico a la infracción de un deber extrapenal¹⁴³.

En suma, el bien jurídico inmediatamente tutelado en sentido técnico en los delitos societarios debe ser el patrimonio individual, pero el interés subyacente que inspira la política criminal en esta materia radica en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles¹⁴⁴, interés mediano que recibe una protección indirecta. Esta configuración de los delitos societarios arranca del comprensible convencimiento de que el Código penal no es el instrumento que debe determinar el buen funcionamiento del sistema económico en toda su extensión, sino que únicamente se debe incriminar la infracción de las reglas

¹⁴³Esta norma no constituye, sin embargo, la única que en el PCP español de 1994 se dedica a la tutela del funcionamiento correcto de la sociedad mercantil en cuanto tal, con el fin de impedir que la organización societaria se destine a objetivos distintos de los pactados. También los artículos 293 y 294 tratan de tutelar, en segundo término (detrás del patrimonio individual), el correcto funcionamiento de la sociedad, evitando la imposición de acuerdos abusivos no beneficiosos para la misma, sea mediante el prevalimiento de una posición mayoritaria (artículo 293), sea mediante la creación de mayorías ficticias (artículo 294). Como señala PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*, cit. págs. 222 y siguiente, son normas que combaten la posible degeneración del fenómeno societario, y en las cuales los intereses de los terceros y de la economía pública se toman en consideración no como objeto sino como motivo de la particular tutela de que gozan las sociedades mercantiles, cuyo funcionamiento regular alienta la confianza de los operadores económicos y ahorra al sistema peligrosas convulsiones.

¹⁴⁴También los autores del Proyecto Alternativo alemán han señalado, con respecto a los "Delitos contra las empresas", regulados en el Título II, que poseen como nota común el tutelar los intereses individuales, por más que "parcialmente también tengan -o puedan tener- efectos en el desarrollo general de la economía, y, por ello, se sitúen entre los delitos económicos".

mínimas de la vida económica¹⁴⁵.

Las consideraciones realizadas acerca del bien jurídico penalmente protegido permiten efectuar ciertas precisiones. Aunque no sea objeto de este apartado un examen particularizado de la estructura típica de los delitos societarios, parece oportuno apuntar aquí al menos cuáles son las consecuencias dogmáticas esenciales que con carácter general se derivarán de la consideración del patrimonio como único bien jurídico inmediatamente tutelado. Ante todo, lo único que habrá de acreditar el intérprete, desde la perspectiva del desvalor de resultado, es que la acción delictiva individual ha lesionado o puesto en peligro concreto un patrimonio individual, sin que sea necesario comprobar el menoscabo que se produce en el bien mediato, el cual carece de relevancia directa como criterio interpretativo del tipo. Por su parte, en la vertiente subjetiva del delito, el dolo del autor debe limitarse a conocer la lesión o puesta en peligro de dicho patrimonio sin que, en cambio, deba abarcar el peligro para el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles¹⁴⁶.

Las observaciones efectuadas hasta este momento han de ser matizadas a la hora de referirnos al bien jurídico en el delito de falsas informaciones sociales, al que se dedicará un apartado específico.

7. 4. 4. El patrimonio como bien jurídico inmediata o directamente protegido. El concepto de perjuicio patrimonial.

¹⁴⁵Vid. Exposición de Motivos del PCP de 1992; y TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. págs.59 y siguiente.

¹⁴⁶Cfr. RODRIGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. págs.302 y siguientes.

Los delitos societarios entran dentro de la categoría que la Exposición de Motivos del PCP de 1992 denominó en su día "delitos de carácter mixto patrimonial-económico", constituida por infracciones que "estructuralmente se asemejan a otras patrimoniales, como por ejemplo, la apropiación indebida, con la sola diferencia de producirse en el ámbito de actividades societarias o mercantiles que, por ese solo hecho, confieren un alcance superior a la infracción, aunque sería exagerado afirmar que eso les otorga una naturaleza distinta"¹⁴⁷.

Ya la Exposición de Motivos del PCP de 1980 señalaba que a través de la creación de los delitos entonces llamados financieros "se pretende castigar las maniobras lucrativas realizadas en perjuicio de otros prevaleciéndose de la estructura y organización de sociedades mercantiles o industriales", con lo que su objeto de protección quedaba centrado en el patrimonio y no en el orden socio-económico, como ocurre en todos aquellos supuestos donde el lucro y el perjuicio son elementos esenciales y definitorios del injusto, aunque la acción se realice desde el ámbito societario¹⁴⁸. No obstante, cabe señalar que es infundado ver una contraposición entre los intereses patrimoniales individuales y la protección del orden económico, por la razón fundamental y decisiva de que éste último es puesto en peligro a través de la lesión o puesta en

¹⁴⁷Cfr. Exposición de Motivos del PCP de 1992. En contra, ROVELLI, R.: **Disciplina penale dell'impresa**. Milano, 1953, pág.34, quien sostiene que los delitos societarios son delitos contra el patrimonio, puesto que consisten en supuestos de administración infiel que lesionan o ponen en peligro la situación patrimonial de la empresa colectiva, con perjuicio de los titulares del patrimonio social. De esta forma, siempre según este autor, los delitos societarios vendrían a completar el sistema de delitos patrimoniales previsto en el Código penal.

A favor de reforzar la protección y la técnica de protección de bienes jurídicos individuales en los tipos penales del Derecho penal económico, vid. por todos SCHÜNEMANN: **¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?**. cit. pág.36.

¹⁴⁸STAMPA/ BACIGALUPO: **La reforma del Derecho penal económico español**. cit. pág.24.

peligro de los primeros¹⁴⁹.

Los intereses tutelados por los delitos societarios son de naturaleza patrimonial, perteneciendo fundamentalmente a la propia sociedad mercantil y a los socios, y ocasionalmente a terceros. Y es que "los tipos que se crean no son, en manera alguna, una protección "frente" a las sociedades mercantiles, sino una tutela de éstas o de sus miembros, socios o accionistas, frente a lo que puedan hacer algunos de ellos"¹⁵⁰.

La calificación de los delitos que analizamos como delitos contra el patrimonio puede ser válida siempre que no se considere el vocablo "propiedad" equivalente a "patrimonio"¹⁵¹, como ocurrió en algún momento. La caracterización del bien jurídico penalmente protegido debe ser precisada porque el vocablo patrimonio no es unívoco. Además,

¹⁴⁹Cfr. ANTOLISEI, F.: **Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades**. Bogotá, 1964, pág.307. Vid. también MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios en el PLOCP**. cit. pág.179. Vid. asimismo las interesantes consideraciones que efectúa JOECKS: **Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG**. cit. págs.143 y siguiente, en torno al bien jurídico protegido en el parágrafo 264 a StGB alemán, donde, pese a afirmar que se protege un bien supraindividual, como es la funcionalidad del mercado de capitales, llega a la conclusión que el único bien jurídico protegido en sentido técnico es el patrimonio individual. Vid. también SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. 2. BT. 5. Aufl. 1993**, cit. § 264 a, Rn.7. Ténganse aquí en cuenta las consideraciones efectuadas supra en torno al requisito de afectación individual del bien jurídico penalmente protegido.

¹⁵⁰Cfr. Exposición de Motivos del PCP de 1992.

¹⁵¹La doctrina española dominante descarta que el bien jurídico protegido en el actual Título XIII del Código penal ("De los delitos contra la propiedad") sea el derecho de propiedad en sentido estricto jurídico-privado, puesto que no acierta a comprender toda la gama de relaciones que bajo él se cobijan. Cfr. entre otros: BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. págs.34 y siguiente; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.211 y siguiente; y ZUGALDIA ESPINAR: **Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I**. 1988, cit. págs.11 y siguientes.

el resultado lesivo, consistente en la causación de un perjuicio patrimonial, se configura lógicamente a partir del concepto de patrimonio que se asuma, y a su vez los elementos del desvalor de la conducta adquieren sentido a través de su relación con ese resultado típico¹⁵².

La doctrina vertida sobre el concepto de patrimonio dista mucho de ser unánime, sin haberse llegado en el momento actual a alcanzar la unidad de criterios deseable¹⁵³. Por lo que respecta a la argumentación que aquí se sigue, interesa resaltar que la dirección doctrinal que abogaba por la consideración del patrimonio como bien jurídico protegido en el Título XIII del Libro II del vigente Código penal ha sido consagrada a nivel pre-legislativo ya desde el PCP de 1980¹⁵⁴.

¹⁵²Cfr. ASUA BATARRITA: El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. cit. pág.90; DE LA MATA BARRANCO, N. J.: Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa. "PJ" núm.34, 1994, pág.297; MARTOS NUÑEZ, J. A.: El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Madrid, 1990, pág.19; VALLE MUÑOZ: El delito de estafa. cit. pág.227. Vid. implícitamente, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. págs.286 y siguiente; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: Derecho Penal Español. Parte Especial. 1994, cit. pág.500; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. págs.922 y siguiente. En la doctrina alemana en torno al delito de estafa, vid. por todos CRAMER en SCHONKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.78 (pág.1881); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: Strafrecht. BT. 1. 1988, cit. pág.406, Rn.6.

¹⁵³Como destacan, entre otros, MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: Strafrecht. BT. 1. 1988, cit. pág.406, Rn.6; LACKNER: LK. 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.120 y siguientes (págs.97 y siguientes). Conviene tener en cuenta que el concepto de patrimonio se construye y desarrolla por y para la estafa. Vid. por todos CRAMER, P.: Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht. Berlin/ Zürich, 1968, págs.23 y siguientes, y págs.33 y siguientes sobre el desarrollo de las diversas teorías vertidas acerca de los conceptos de patrimonio y perjuicio patrimonial.

¹⁵⁴El PCP de 1980 encabezaba el Título V del Libro II como "Delitos contra el patrimonio". Según la Memoria explicativa que acompaña al Proyecto, esta designación se consideraba preferible "pues la propiedad que antes se mencionaba, no siempre sufre menoscabo con el ataque patrimonial, como sucede en los casos de ofensa a la mera posesión o a los derechos

Algunos Códigos penales, como el italiano¹⁵⁵, utilizan también el vocablo patrimonio en lugar del de propiedad para referirse a aquellos delitos que tradicionalmente se acogen bajo el segundo de los términos citados. En su sentido penal, los delitos contra el patrimonio están pensados para la protección de intereses patrimoniales de naturaleza privada.

reales de ajena pertenencia" (pág.56). Por su parte, el Título XI del Libro II de la PANCP de 1983 también llevaba por rúbrica "Delitos contra el patrimonio". En el PCP de 1992 se introdujo una novedad, puesto que el Título XII estaba encabezado como "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico", sistemática que se reiteró, como hemos tenido ocasión de señalar, tanto en el Anteproyecto como en el PCP de 1994. La unificación parte de la relativización actual del punto de partida en los Proyectos anteriores, según el cual lo patrimonial era estrictamente individual y lo económico pertenecía plenamente al interés general, "pues ambas tesis, por tajantes, son equivocadas". Se pone de relieve que entre los delitos patrimoniales tradicionales, hoy vigentes, existen algunos en los que simultáneamente se atacan intereses patrimoniales individuales y se ofenden bienes jurídicos de dimensión superior a lo meramente individual; en los delitos contra el orden socio-económico se ve una relación de efectos inversa a la que se produce en lo patrimonial, partiendo de un ataque contra bienes jurídicos supraindividuales que acaban incidiendo en el patrimonio individual de sujetos directa o indirectamente afectados. En conclusión, se considera que la separación en Títulos diferentes de los delitos patrimoniales y los delitos económicos no es imprescindible; la existencia de una importante zona intermedia o común entre ambos grupos (los llamados delitos de carácter mixto patrimonial-económico), y la conveniencia técnica de evitar repeticiones de figuras, se unen a la convicción de que la teórica distinción entre lo individualista (patrimonial) y lo comunitario (económico), no es sostenible sin enormes reservas.

En favor de la consideración del patrimonio como bien jurídico protegido se han pronunciado, entre otros, BAJO FERNANDEZ: *La realización arbitraria del propio derecho*. cit. págs.29 y siguientes; FERNANDEZ ALBOR: *Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código Penal de 1980*. cit. págs.223 y siguientes; HUERTA TOCILDO: *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. cit. pág.15; de la misma autora: *Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980*. cit. pág.473; QUINTERO OLIVARES: *La política penal de la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español*. cit. pág.212.

¹⁵⁵Título XIII del Libro II del Código penal: "*Dei delitti contro il patrimonio*".

Esto sentado, es necesario precisar en qué sentido se habla de patrimonio¹⁵⁶. A tal efecto ha de señalarse la existencia de tres concepciones diferentes de patrimonio, a saber, la jurídica, la económica y la económico-jurídica¹⁵⁷. Muy brevemente, el concepto jurídico entiende que el patrimonio está integrado por el conjunto de derechos patrimoniales de una persona¹⁵⁸. El concepto económico atiende al poder fáctico del sujeto y al valor económico de los bienes o situaciones; desde este punto de vista, el patrimonio podría definirse como el conjunto de valores económicos de los que, de hecho, dispone una persona¹⁵⁹.

¹⁵⁶Este tema se relaciona íntimamente con el problema de la autonomía del Derecho penal, ya analizado.

¹⁵⁷Vid. ampliamente sobre el tema, entre otros, CRAMER en SCHONKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.79 y siguientes (págs.1882 y siguientes); LACKNER: *LK.* 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.121 y siguientes; DE LA MATA BARRANCO: *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico.* cit. págs.298 y siguientes; MARTOS NÚÑEZ: *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa.* cit. págs.20 y siguientes; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht.* BT. 1. 1988, cit. págs.428 y siguientes, Rn.86 y siguientes; MOCCIA: *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali.* cit. págs.70 y siguientes; ZUGALDIA ESPINAR: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio.* 1988, cit. págs.11 y siguientes.

¹⁵⁸Esta concepción fue sustentada fundamentalmente por BINDING, K.: *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts.* BT. 1. 2. Aufl. Leipzig, 1905, págs.238 y siguientes. Críticamente, con ulteriores aportaciones bibliográficas, CRAMER: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht.* cit. págs.71 y siguientes; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht.* BT. 1. 1988, cit. § 263, Rn.90 y siguientes (págs.429 y siguiente). La principal objeción que cabe oponer al concepto jurídico de patrimonio es su circularidad, como ha señalado en la doctrina española HUERTA TOCILDO: *La protección penal del patrimonio inmobiliario.* cit. págs.30 y siguientes: se soslaya la dificultad de ofrecer un concepto de patrimonio mediante la referencia a los derechos patrimoniales, pero subsiste el problema de determinar qué derechos han de ser calificados de ese modo.

¹⁵⁹En este sentido, vid. por todos SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* 5. Aufl. 1993, cit. § 263, Rn.111. Sobre las situaciones que entran a formar parte del patrimonio según esta teoría, ampliamente LACKNER: *LK.* 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.127 y siguientes (págs.108 y siguientes).

Como señala mayoritariamente la doctrina, si se aceptase este concepto económico como válido a efectos penales implicaría el otorgamiento de protección penal a posiciones

Sin entrar en polémicas que no vienen al caso, nos adherimos al concepto económico-jurídico de patrimonio¹⁶⁰. Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida¹⁶¹ por el Ordenamiento jurídico¹⁶². Con esta restricción normativa se pretenden superar las contradicciones con el resto del Ordenamiento jurídico, negando el carácter patrimonial de aquellas posiciones desaprobadas jurídicamente aun cuando impliquen para el titular la posibilidad fáctica de una realización económica. Ahora bien,

patrimoniales ilegítimas, lo cual resulta inaceptable. Vid. por todos CRAMER: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. cit. págs.55 y siguientes; LACKNER: ob. cit. Rn.122 y 240 y siguientes, págs.100 y siguientes, y 186 y siguientes; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.797.

¹⁶⁰Esta concepción intermedia cuenta en la actualidad con la mayoría de seguidores tanto en la literatura alemana como en la española, mientras que en Italia ha tenido una acogida menos favorable. Vid. por todos MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. págs.432 y siguientes, Rn.99 y siguientes, y pág.495, Rn.2; MOCCIA: *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. cit. pág.58, nota núm.34. Ciñéndonos a la doctrina española, baste señalar a ANTON ONECA: *Estafa*. cit. pág.68; MARTOS NUÑEZ: *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*. cit. págs.38 y siguientes; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. págs.211 y siguiente; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* 2. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 263, Rn.109 y siguientes; VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. pág.83; VIVES ANTON en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.797.

¹⁶¹BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.269, prefieren utilizar la expresión "apariencia jurídica", rechazando la exigencia de "reconocimiento jurídico" por excesiva. ASUA BATARRITA: *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales*. cit. pág.101, nota núm.78, por su parte, exige simplemente la "apariencia de no disconformidad con el ordenamiento jurídico", siguiendo la fórmula propugnada por CRAMER: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. cit. págs.100 y siguiente; y LACKNER: *LK.* 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.132 (pág.110).

¹⁶²VIVES ANTON en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.797. En el mismo sentido, entre otros, vid. HUERTA TOCILDO: *La protección penal del patrimonio inmobiliario*. cit. pág.35.

parece también razonable adherirse a la propuesta de atender a aspectos de carácter subjetivo, esto es, a la perspectiva individual del sujeto pasivo, para confirmar la concurrencia del perjuicio patrimonial, aun manteniendo el concepto jurídico-económico de patrimonio, e insistiendo en cualquier caso en la necesidad de establecer criterios normativos concretos que eviten la ausencia de seguridad en el tratamiento de los supuestos planteados¹⁶³. Sobre este tema nos extenderemos a la hora de determinar la noción de perjuicio patrimonial.

Una vez delimitado el sentido en que ha de entenderse el patrimonio como objeto de protección penal en los delitos societarios, debemos puntualizar que éstos implican sólo una lesión o puesta en peligro de alguno o algunos de los elementos que lo componen, y no un ataque al patrimonio como totalidad¹⁶⁴.

¹⁶³DE LA MATA BARRANCO: *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico*. cit. pág.302. Esta perspectiva es mayoritaria en la doctrina alemana. Vid. por todos LACKNER: *LK*. 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.156 y siguientes; del mismo autor: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 263, Rn.48 y siguientes (págs.1078 y siguientes); CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.108 y siguientes (págs.1888 y siguientes); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT*. 1. 1988, cit. págs.436 y siguientes, Rn.113 y siguientes; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* 5. Aufl. 1993, cit. § 263, Rn.133 y siguientes, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales.

¹⁶⁴En la doctrina española la idea de que no existen delitos contra el patrimonio como totalidad ha sido defendida, entre otros, por DIAZ PALOS: *Infracciones contra el patrimonio*. "RJCat" núm. especial monográfico, 1980, págs.51 y siguientes; GONZALEZ RUS: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* II. 1992, cit. págs.6 y siguiente; MARTOS NUÑEZ: *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*. cit. pág.47; MUÑOZ CONDE: *La reforma de los delitos contra el patrimonio*. "DJ" núm.37/40, 1983, págs.667 y siguientes; del mismo autor: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.213; RODRIGUEZ DEVESA: *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*. "ADPCP" Fasc.1, 1960, págs.45 y siguientes; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTOS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.797. En contra, vid. en Alemania, por todos, CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.3 (pág.1858); LACKNER: *StGB mit*

La pertenencia del derecho de crédito al patrimonio constituye opinión pacífica en la doctrina¹⁶⁵. En general, el interés hacia el que se vuelven los ojos para justificar la intervención del Derecho penal es el representado por el concepto jurídico de crédito, considerado prevalentemente como un valor individual de carácter patrimonial. El foco de atención se centra en la persona, en el ámbito de sus facultades jurídicas individuales y en su contenido económico patrimonial. La protección del derecho de crédito en el ámbito propio de los delitos societarios tiene su justificación desde el momento en que se configura "como instrumento fundamental de la economía"¹⁶⁶, trascendente al estricto derecho individual del acreedor.

Es factible proteger el patrimonio social de forma autónoma desde el momento que se constata la existencia de una particular tipología de agresiones a la cual se ve expuesto, proveniente de quienes ostentan la administración del ente societario¹⁶⁷. De esta forma, los tipos penales que tutelan el

Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 263, Rn.2 (pág.1060).

¹⁶⁵Cfr., por todos, MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.213. Vid. también LANZI: **La tutela penale del credito**. cit. pág.25, quien afirma que "el crédito es un bien, y como tal, una porción del patrimonio del acreedor formando parte del mismo"; en el mismo sentido, afirmando la "pertenencia de los derechos de crédito al patrimonio entendido en sentido económico-jurídico", VALLE MUÑIZ: **El delito de estafa**. cit. pág.228, quien señala que "en consecuencia, las cosas o bienes cuya posesión ostente una cierta protección jurídica, los derechos reales y los de crédito, así como las posiciones en el tráfico económico con reconocimiento jurídico forman parte del patrimonio de un sujeto".

¹⁶⁶MUNOZ CONDE, F.: **La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia**. "PJ" núm. especial IX, pág.208. En esta dirección afirma BUSTOS RAMIREZ: **Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra**. cit. págs.56 y siguiente, que "la configuración de la empresa (y del propio mercado), su desarrollo y ampliación, conforme al sistema económico imperante, sólo es posible mediante la institución del crédito".

¹⁶⁷Cfr. FOFFANI: **La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori**. I. cit. pág.91; NAPOLEONI: **I reati societari**. II. cit. págs.3 y siguiente.

patrimonio social se caracterizan por tratarse de delitos de infidelidad patrimonial, en tanto en cuanto la ofensa al interés protegido se consuma a través del incumplimiento de las obligaciones impuestas a los administradores por la legislación mercantil, en orden a tutelar de modo exclusivo los intereses económicos de la sociedad; o bien a través del abuso de poder¹⁶⁸, esto es, mediante el ejercicio de los poderes de disposición patrimonial de los cuales está investido el destinatario de la norma penal en persecución de fines personales o al menos extrasociales¹⁶⁹.

Ahora bien, cabe preguntarse si el bien jurídico penalmente protegido en sentido estricto puede ser identificado en el patrimonio de la sociedad mercantil, o bien si es posible concretarlo en el propio vínculo de fidelidad en sí mismo considerado¹⁷⁰, cuestión que fue duramente debatida en la doctrina alemana al hilo del análisis del delito de *Untreue*¹⁷¹.

¹⁶⁸Sobre la distinción entre los conceptos de infidelidad y abuso de poder, vid. NUVOLONE: *Voz Infedeltà patrimoniale*. cit. págs.442 y siguientes.

¹⁶⁹En este sentido, vid. FOFFANI: *La tutela della società*. I. cit. págs.91 y siguientes; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.4; PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*. cit. pág.222.

¹⁷⁰Parece configurarse la fidelidad de los órganos sociales como bien jurídico protegido en las obras de MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. pág.34; y ZUCCALA: *Dei delitti di infedeltà degli organi verso la società: problemi attuali*. cit. págs.150 y siguientes, entre otros.

¹⁷¹En efecto, un sector minoritario de la doctrina alemana quiso ver la presencia de otros bienes jurídicos protegidos en el parágrafo 266 StGB además del patrimonio, señaladamente la violación de la relación de lealtad y confianza entre el autor y el sujeto pasivo. Sobre esta doctrina, vid. amplias referencias bibliográficas en NELLES, U.: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. 1991, cit. págs.285 y siguientes; OTTO: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*. 3. Aufl. 1991, cit. pág.235. La opinión mayoritaria considera, sin embargo, que el objeto de protección es exclusivamente el patrimonio, entendiendo además este concepto del mismo modo que en la estafa. Ampliamente en este sentido, cfr. HÜBNER: *LK*. 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.19; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.1 (pág.1122); LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.1

y que, tras la publicación del PCP de 1994¹⁷², es de plena actualidad también en España.

Sin negar la destacada función que desempeñan las cláusulas que hacen referencia a la infracción del deber en el tipo societario aportando al injusto el desvalor de acción característico de la infidelidad patrimonial en general¹⁷³, función que se revela como más importante todavía cuando el delito se configura como un tipo causal puro como es el caso del artículo 296 del PCP de 1994¹⁷⁴, es preferible resolver la duda planteada negando que la relación de fidelidad pueda

(pág.1973) y bibliografía allí contenida; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.495, Rn.1; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.1.

¹⁷²Como sabemos, el delito de administración social fraudulenta regulado en el PCP de 1992 (artículo 302) no hacía mención alguna a que el autor infringiese el deber que le incumbe en la esfera de sus facultades de representación. Una modalidad de dicha cláusula, contenida en el parágrafo 183 del Proyecto Alternativo alemán, y postulada para el delito societario español por BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. pág.399, y MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.336 y siguiente, ha sido incluida en el artículo 296 del PCP de 1994, que sanciona a "los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que **con abuso de confianza**, causaren un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero...". Críticamente con respecto a la introducción de cláusulas alusivas a la "contrariedad al deber", vid. GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*. cit. pág.484.

¹⁷³MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.336. Sobre la vulneración de la confianza y de la lealtad como desvalor de acción en el delito de *Untreue*, vid. por todos HÜBNER: *LK*. 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.19; LABSCH: *Untreue* (§ 266 StGB). cit. pág.156; LENCKNER en SCHONKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.1 (pág.1973); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.495, Rn.1.

¹⁷⁴La adición de la exigencia de una efectiva lesión para el patrimonio contribuye a constituir el injusto de la administración social fraudulenta, con lo que queda eliminado el riesgo de "llegar a la punición de meras infracciones formales", sobre el que alertaba en su día TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.95 y siguiente.

configurarse como bien jurídico penalmente protegido¹⁷⁵, puesto que se trata de un valor dotado de un elevado grado de abstracción conceptual y en cuya lesión es difícilmente observable la intensa afectación individual que exigimos como requisito ineludible del concepto de bien jurídico penalmente protegido. Por otra parte, resulta decisivo el dato de que la infidelidad constituye, no la razón justificadora de la imposición de una sanción, sino el medio a través del cual se consuma la agresión patrimonial¹⁷⁶, configurándose como una modalidad de ataque especialmente peligrosa para el bien jurídico patrimonio¹⁷⁷, de la misma forma que sucede, por ejemplo, con el engaño respecto al delito de estafa, sin que ello conduzca a considerar que el bien jurídico penalmente tutelado es el tráfico fiduciario¹⁷⁸ o un eventual "derecho a la verdad" del engañado¹⁷⁹. Resumiendo, la infracción del

¹⁷⁵Vid. FOFFANI: *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori*. I. cit. pág.92; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.5 y siguiente; NUVOLONE: *Voz Infedeltà patrimoniale*. cit. pág.453; PEDRAZZI: *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*. cit. pág.577. También es ésta la opinión mayoritaria en Alemania. Vid. por todos LABSCH: *Untreue (§ 266 StGB)*. cit. págs.74 y siguiente; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.1 (pág.1122); NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. págs.285 y siguientes, y la bibliografía mencionada supra.

¹⁷⁶Cfr. MOCCIA: *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. cit. págs.131 y siguientes; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.5 y siguiente. Vid. supra la doctrina alemana.

¹⁷⁷En este sentido, sobre la *Untreue*, cfr. HÜBNER: *LK*. 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.19; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.216; MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.270 y siguiente; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.495, Rn.1.

¹⁷⁸Cfr. CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.1 (pág.1858); LACKNER: *LK*. 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.4; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. págs.408 y siguientes, Rn.18 y siguientes; VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. pág.103.

¹⁷⁹Cfr. CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.1 (pág.1858); NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.5 y siguiente. En contra, por todos, GUTMANN: *Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung*. "MDR" 1963, cit. pág.3;

deber de fidelidad integra el desvalor de acción y en consecuencia no puede incorporarse a la definición del desvalor de resultado. Dicho de otro modo, tal infracción permite seleccionar modalidades de ataque especialmente peligrosas para el bien jurídico, pero no se integra en la noción de bien jurídico.

Por otra parte, la concreción del bien jurídico penalmente protegido por los delitos societarios en el patrimonio, y no en el derecho de propiedad, aproxima la regulación de éstos a la estafa y la diferencia en este punto del delito de apropiación indebida.

El concepto de patrimonio que hemos adoptado permite asimismo proceder a la definición de lo que se considera perjuicio patrimonial. A efectos de esta investigación entendemos por "perjuicio" cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del "saldo total", esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior¹⁸⁰. Los criterios para la determinación de la lesión patrimonial no difieren de los propuestos por la concepción económica estricta. Así pues, no existe perjuicio si la propia acción típica entraña en sí misma, simultáneamente, un incremento patrimonial que equilibra

KOHLRAUSCH, E.: *Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung*. Fests. für F. Schlegelberger. Berlin, 1936, pág.222.

¹⁸⁰Esta es también la definición que la doctrina mayoritaria alemana ofrece de la noción de "perjuicio patrimonial" en la *Untreue*, siguiendo el concepto elaborado para el delito de estafa. Vid., por todos, BREMEN: *Zur Begriff der die Untreue begründenden Verletzung fremder Vermögensinteressen durch einen Vermögensverwalter*. cit. pág.228; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (pág.1129); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.39 y siguiente (pág.1987); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.505, Rn.39; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.37.

la pérdida¹⁸¹, esto es, si se entrega al titular un valor patrimonial que suponga para él una contraprestación equivalente a la debida. El criterio del saldo global es completado y matizado a través del criterio más específico de la "influencia individual del daño" que, en sintonía con la teoría objetivo-individual del daño patrimonial, atiende al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del elemento patrimonial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales¹⁸². Y ello puesto que, en ocasiones, "se reconoce que la sumisión a los baremos de mercado en la

¹⁸¹Cfr. LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.41 (págs.1987 y siguiente). Se parte, pues, del principio de que la compensación económica excluye el daño típico. Esta afirmación, asumida mayoritariamente en la doctrina española (vid. por todos GONZALEZ RUS: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* II. 1992, cit. págs.215 y siguiente; VIVES ANTON en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial.* 1993, cit. pág.922), fue relativizada tempranamente en la práctica judicial alemana y progresivamente por la mayoría de la doctrina de aquel país. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *op. cit.* § 263, Rn.81 y 121 y siguientes (págs.1882 y siguiente, y 1892 y siguiente); LACKNER: *LK.* 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.156 a 163 (págs.128 y siguientes); del mismo autor: *StGB mit Erläuterungen.* 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (págs.1129 y siguiente); y SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 263, Rn.133 a 156, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales.

¹⁸²Vid. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen.* 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (págs.1129 y siguiente); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.43 (pág.1988); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht.* BT. 1. 1988, cit. pág.505, Rn.39. En nuestro país, vid., entre otros, GONZALEZ RUS: *Los intereses económicos de los consumidores.* 1986, cit. págs.300 y siguientes; MARTOS NUÑEZ: *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa.* cit. págs.41 y siguiente y 128; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial.* 1993, cit. págs.281 y siguiente; ZUGALDIA ESPINAR: *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio.* 1988, cit. págs.56 y siguiente. En contra, por todos, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)* (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. pág.286; QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal.* II. 1977, cit. pág.658; con matizaciones, VALLE MUNIZ: *El delito de estafa.* cit. págs.246 y siguientes.

determinación del valor de bienes que en absoluto resultan útiles al comprador, engañado sobre las cualidades del mismo pero no en cuanto a su precio real, implica desconocer las peculiaridades del microcosmos de la economía de los individuos en su vida particular, aplicando la misma horma a realidades diversas"¹⁸³. De esta forma, en casos de escasa o nula utilidad individual podrá afirmarse el daño patrimonial pese a la equivalencia económica objetiva¹⁸⁴.

En los supuestos de transacciones conformadas sobre prestaciones de hipotética equivalencia económica, con ocultación del menor valor objetivo de la contraprestación, la constatación de dicho déficit objetivo hace innecesarias ulteriores indagaciones para afirmar ya la lesión patrimonial¹⁸⁵. Es el caso de la compra de acciones cuyo valor de mercado ha sido inflado por los administradores a través de manipulaciones en el mercado de valores, como compra de autocartera, difusión de falsas informaciones sobre los resultados de la sociedad, etc.

Siguiendo la concepción propuesta, aun cuando entre lo que entrega y recibe el sujeto pasivo exista paridad económica, cabe todavía valorar en un segundo momento la paridad de las prestaciones atendiendo a la perspectiva objetivo individual del daño económico, de forma que se concrete si la utilidad que

¹⁸³ASUA BATARRITA: El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. cit. pág.101. Ampliamente, vid. sobre este tema DE LA MATA BARRANCO: Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico. cit. págs.295 y siguientes.

¹⁸⁴Vid. por todos CRAMER: Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht. cit. págs.181 y siguientes; LACKNER: LK. 10. Aufl. 1988, cit. § 263, Rn.156 y siguientes; LENCKNER: Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers. "MDR" 1961, cit. pág.653; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: Strafrecht, BT. 1. 1988, cit. págs.436 y siguientes, Rn.114 y siguientes; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 263, Rn.14.

¹⁸⁵Cfr. ASUA BATARRITA: El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. cit. pág.133; DE LA MATA BARRANCO: Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico. cit. pág.304.

el sujeto pretendía obtener con la entrega de su dinero se ve satisfecha con la contraprestación recibida, aunque no fuera la deseada por él¹⁸⁶. En caso de que el bien obtenido no le reporte la satisfacción pretendida también podrá afirmarse la existencia de un perjuicio patrimonial pese a que no se dé un desequilibrio económico en el sentido de saldo contable negativo¹⁸⁷.

Los criterios de carácter objetivo que permiten afirmar el daño patrimonial en estos supuestos en los que no existe desequilibrio económico han sido reconducidos por la doctrina alemana a tres¹⁸⁸: a) que se haya previsto una utilidad concreta, expresa o tácitamente, en la transacción contractual que no pueda satisfacer el bien recibido como contraprestación del pago efectuado; b) que la contraprestación conlleve una merma o carencia de valor de uso, de acuerdo con lo que puede considerarse útil razonablemente para una persona situada económicamente en el lugar del afectado; y/o c) que sea imposible utilizar lo recibido de cualquier otro modo razonable distinto del que le es propio.

Con estas correcciones individualizadoras del concepto jurídico-económico de patrimonio asumimos, en fin, la perspectiva objetivo-individual en la estimación del perjuicio patrimonial.

Por otra parte, se acepta mayoritariamente que el perjuicio patrimonial típico puede consistir no sólo en una minoración

¹⁸⁶Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico*. cit. pág.304.

¹⁸⁷En este sentido, vid. entre otros CRAMER: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. cit. págs.181 y siguientes; LACKNER: *LK. 10. Aufl. 1988*, cit. § 263, Rn.156; LENCKNER: *Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers*. cit. pág.653; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1. 1988*, cit. págs.436 y siguiente, Rn.115.

¹⁸⁸Seguimos la exposición efectuada por DE LA MATA BARRANCO: *Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico*. cit. págs.304 y siguiente.

patrimonial, sino también en la ausencia de un incremento patrimonial esperado¹⁸⁹. Ahora bien, no es suficiente con una esperanza vaga e indeterminada de conseguir una ventaja patrimonial, sino que es precisa la constatación de que existía una gran probabilidad o una esperanza fundada de que se produjera el incremento del patrimonio¹⁹⁰.

Según opinión mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina alemanas, no concurre el perjuicio patrimonial si el autor está en condiciones, objetiva y subjetivamente, de compensar con sus propios medios de liquidez la disminución patrimonial ocasionada al sujeto pasivo por una acción contraria al deber de cuidado¹⁹¹. Ahora bien, un sector minoritario discrepa de esta tesis, a nuestro juicio con razón¹⁹².

¹⁸⁹Por ejemplo, si no se aprovecha o se frustra la oportunidad de obtener un beneficio o una adquisición ventajosa.

¹⁹⁰Vid. BREMEN: Zum Begriff der die Untreue begründenden Verletzung fremder Vermögensinteressen durch einen Vermögensverwalter. cit. pág.229; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.46 (pág.1990). Se siguen así los criterios formulados en relación con el delito de estafa. Vid. CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: op. cit. § 263, Rn.87 y siguiente (pág.1884); ESER: Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden. "GA" 1962, pág.289; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: Strafrecht. BT. 1. 1988, cit. pág.433, Rn.103. En España, por todos, ANTON ONECA: Estafa. cit. pág.69; BAJO FERNANDEZ: El delito de estafa. cit. pág.1172; MARTOS NUÑEZ: El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. cit. págs.55 y siguientes.

¹⁹¹Vid., entre otros, BREMEN: Vermögensverwaltung durch Gebrechlichkeitspfleger. "NSTZ" 1989, pág.229; DREHER/ TRÖNDLE: StGB und Nebengesetze. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.24 (pág.1359); HÜBNER: LK. 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.100; LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (págs.1129 y siguiente); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: Strafrecht. BT. 1. 1988, cit. pág.506, Rn.42; OTTO: Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. 1991, cit. pág.240.

¹⁹²Vid. LABSCH: Untreue (§ 266 StGB). Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung. 1983, cit. pág.323; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.42 (pág.1988).

7. 4. 5. La fe pública y los delitos societarios.

La existencia de delitos societarios consistentes en modalidades falsarias constituye un dato permanente de su regulación en los textos pre-legislativos españoles y en el Derecho comparado. Así, uno de los tipos societarios contenidos en el PCP de 1994 es claramente una modalidad de las falsedades documentales. Cabe preguntarse entonces si el bien jurídico penalmente protegido en los delitos de falsedades es, ya sea conjuntamente con el patrimonio individual ya aisladamente, bien jurídico penalmente protegido en este delito societario.

Ahora bien, la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de falsedades no es un tema pacífico en la doctrina. Se debate si ha de consistir en la fe pública, en el derecho a la verdad, en la autenticidad y veracidad de los medios de prueba, en el interés representado por el documento, en la funcionalidad del documento, etc., señalando la doctrina que la determinación del bien jurídico constituye "el problema central y neurálgico de toda la materia" de falsedades¹⁹³, pese a lo cual ha sido uno de los temas que más se ha pasado por alto en las discusiones doctrinales¹⁹⁴. Por otro lado, la regulación de las falsedades documentales presenta ciertas peculiaridades en nuestro Ordenamiento jurídico que inciden en la polémica acerca de su pluriofensividad.

En efecto, la tesis de la naturaleza pluriofensiva de las falsedades documentales nace de la constatación empírica de que

¹⁹³Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. págs.45 y siguientes, con abundantes indicaciones bibliográficas. También ponen de manifiesto la dificultad de determinar un bien jurídico común a todos los delitos de falsedad, entre otros, CASAS BARQUERO: **Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III, del Libro II del Código penal**. cit. pág.1019; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. pág.519.

¹⁹⁴Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.45.

el autor no dirige su acción a ofender la fe pública, sino que la ofende por un propósito ulterior que aparece como verdadero objetivo de su actividad criminal. Elevar la fe pública o sus diversas especificaciones a la categoría de bien jurídico autónomo equivale a tutelar de forma anticipada los intereses individuales puestos en peligro por la conducta falsaria. No obstante, señala la doctrina que no siempre es posible precisar los particulares intereses que la veracidad y genuidad del documento garantizan¹⁹⁵.

Con respecto al concepto "fe pública"¹⁹⁶, consideramos que se trata de un elemento unificador de las distintas modalidades falsarias, pese a lo cual es excesivamente abstracto para servir como bien jurídico penalmente protegido¹⁹⁷. La denominación "delitos contra la fe pública" responde, pues, a la misma razón de ser que la de "delitos contra el orden socio-económico", esto es, expresar el motivo de la incriminación. La protección de la fe pública no puede ser el bien jurídico protegido sino, a lo sumo, la finalidad de las normas penales que incriminan las falsedades. Y ello porque en un Derecho penal moderno no es posible incriminar conductas que carecen de toda afectación a bienes propios del individuo. Una

¹⁹⁵En sentido crítico respecto al carácter pluriofensivo de los delitos de falsedades documentales, vid. FIORE: *Il falso autorizzato non punibile*. "Arch. pen." 1960, págs.316 y siguientes; FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte speciale*. I. 1988, cit. págs.426 y siguientes; GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.92 y siguiente.

¹⁹⁶Sobre dicho concepto, vid. ampliamente GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.74 y siguientes.

¹⁹⁷Cfr. CASAS BARQUERO: *Algunas reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades*. cit. pág.1058. Más ampliamente, vid. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.93 y siguientes; GONÇALVES MONIZ: *O crime de falsificação de documentos*. cit. págs.69 y siguientes; ZUCCALA: *Precisazioni e rilievi sul delitto di false comunicazioni sociali*. cit. págs.492 y siguientes; del mismo autor: *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*. cit. págs.757 y siguientes.

Vid. el interesante intento de concreción del bien jurídico "fe pública" ofrecido por FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte speciale*. I. 1988, cit. págs.402 y siguientes.

incriminación tal, como pone de relieve SILVA SANCHEZ, "supone una vulneración de la exigencia de afectación individual, violación que adquiere mayor gravedad al ir frecuentemente unida a una anticipación de la barrera de protección penal (técnica de los delitos de peligro abstracto) y a formulaciones vagas"¹⁹⁸. La fe pública, aparte de su indiscutible indeterminación, puede considerarse lesionada o puesta en peligro por conductas que no inciden sobre la esfera privada de ningún individuo. La exigencia planteada por la doctrina mayoritaria, conforme a la cual "la acción en el delito de falsedad debe ser adecuada para inducir a error a las personas, para hacer pasar un signo ilegítimo o falso como legítimo o verdadero, y, además, ha de estar destinada a entrar en el tráfico jurídico"¹⁹⁹, confirma que las actuaciones falsarias en documentos mercantiles o privados sólo tienen relevancia cuando al menos son idóneas para poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido de naturaleza individual que, eso sí, no siempre será identificable con el patrimonio. La mera lesión de la fe pública en y por sí misma considerada no es suficiente para justificar la punición de las falsedades documentales.

Y lo mismo cabe decir de algunos de los otros bienes jurídicos que baraja la doctrina, puesto que el viejo concepto de la fe pública, al ser excesivamente abstracto, se ha concretado en otros intereses que se estiman más próximos a la conducta ofensiva.

Así, no existe un hipotético "derecho a la verdad" en

¹⁹⁸SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.291. En este sentido, vid. también GONÇALVES MONIZ: *O crime de falsificação de documentos*. cit. pág.69.

¹⁹⁹MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.520. Vid. también MORILLAS CUEVA/ PORTILLA CONTRERAS en COBO DEL ROSAL (dir.): *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. III. 1994, cit. pág.476; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. págs.945 y siguiente.

nuestro Ordenamiento jurídico²⁰⁰. El reconocimiento de un derecho tal "rebasa las posibilidades del legislador y excede de las metas jurídicas"²⁰¹, careciendo de un sustrato legal, a lo que se añade el rechazo, no ya de la misma posibilidad de la verdad total, sino de la exigencia de intentar tan ingente labor²⁰².

La seguridad del tráfico jurídico resulta también insuficiente a la hora de justificar la intervención penal. Y ello debido a que, como señala GARCIA CANTIZANO²⁰³, la garantía de la seguridad del tráfico mediante el empleo del documento debe fundarse en una cualidad de éste que lo distinga y lo convierta en imprescindible para el desarrollo del tráfico jurídico, y esa propiedad es precisamente su valor probatorio. Este atributo del documento es tan relevante en la definición del bien jurídico que condiciona la protección de la seguridad del tráfico jurídico²⁰⁴. Así pues, es posible precisar aún más

²⁰⁰En el Derecho alemán, la doctrina mayoritaria niega también que en la estafa en la inversión de capital (§ 264 a StGB) se proteja un eventual derecho de los inversores "a la verdad". Cfr. por todos ZIELINSKI: *Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft*. cit. pág.8, con ulteriores indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

²⁰¹Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.945. Vid. también GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.71 y siguientes; GONÇALVES MONIZ: *O crime de falsificação de documentos*. cit. pág.59.

²⁰²Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.74.

²⁰³GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.132.

²⁰⁴Así, vid. BETTIOL: *Ancora in tema di Falsità ideologica*. en *Scritti Giuridici*. Tomo II. Padova, 1966, pág.960; DREHER/TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 267, Rn.1 (págs.1370 y siguiente); GONÇALVES MONIZ: *O crime de falsificação de documentos*. cit. págs.69 y siguientes, especialmente pág.69; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1991, cit. pág.520; PUPPE: *Die Neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten*. Teil 2. "JZ" 1991 (11), págs.552 y siguiente; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 267, Rn.1 (pág.2011), para quienes el bien jurídico protegido en las falsedades es la seguridad y la credibilidad del tráfico jurídico, en especial del tráfico jurídico-probatorio.

el bien jurídico en las falsedades documentales. Teniendo en cuenta el servicio indispensable que el documento presta en el marco de las relaciones socio-económicas y que ha hecho de él un instrumento imprescindible del tráfico jurídico, cabe sostener que el bien jurídico tutelado en los delitos de falsedades documentales es la propia funcionalidad del documento en las diversas tareas que cumple en dicho tráfico²⁰⁵. No olvidemos, sin embargo, que su contemplación como bien jurídico penalmente protegido tiene sentido en la medida en que la protección penal se configura como una protección funcional que tiene su punto de mira en los intereses subyacentes.

Ya con respecto a los delitos societarios, un tratamiento específico de las falsedades documentales en el ámbito societario sólo se justifica cuando, además de lesionar la funcionalidad del documento, se ponen en peligro o lesionan bienes jurídico-penales de titularidad individual, esencialmente el patrimonio²⁰⁶, puesto que respecto a estos bienes individuales el delito societario constituye un adelantamiento en las barreras de protección que no se justifica en las ocasiones en que ni siquiera existe la posibilidad de afectación²⁰⁷.

Es obvio que no cabe considerar que la sola razón legal de la incriminación de un delito de falsas informaciones sociales sea el peligro para el patrimonio. Sin tal puesta en peligro

²⁰⁵Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.134.

²⁰⁶Se ha de tener en cuenta que si bien la mera alusión al perjuicio puede entenderse en referencia a "la lesión de cualquier bien, incluidos, pues, los de índole no económica" (CORDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*. III. 1978, cit. pág.939), los tipos de falsas informaciones sociales previstos en los diferentes Proyectos españoles especifican que ese perjuicio ha de ser económico.

²⁰⁷Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*. 1988, cit. pág.321; FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte speciale*. I. 1988, cit. págs.405 y siguiente.

la falsedad sería en tal caso penalmente irrelevante, lo cual no se compadece con la extraordinaria importancia de los documentos referentes a la contabilidad de las sociedades o que deben reflejar su situación jurídica o económica. El núcleo de la conducta típica es similar en la falsedad documental común y en la societaria: falsear un documento. Se protege en ambas la funcionalidad del documento. Ahora bien, en las falsedades documentales societarias se ha de exigir además la puesta en peligro del patrimonio, bien jurídico a cuya protección se orientan todos los delitos societarios, y razón que justifica una mayor punición del delito societario de falsedad documental frente al común.

Así pues, son bienes jurídicos penalmente protegidos en sentido estricto en el delito societario de falsedad documental tanto la funcionalidad del documento como el patrimonio individual²⁰⁸. La posición que hemos adoptado se confirma al comprobar que el artículo 292 del PCP de 1994 constituye un delito de peligro abstracto para el patrimonio individual en el que se precisa para su consumación la idoneidad de la acción típica para lesionar o poner en peligro concreto el patrimonio, pero no un resultado de lesión o de peligro concreto. Además, debe concurrir un elemento subjetivo del injusto que configura el tipo como de resultado cortado, "para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero". A ello se añade que el bien jurídico propio de las falsedades documentales, la funcionalidad del documento, ha de ser en todo caso lesionado por la acción típica²⁰⁹.

²⁰⁸Sobre la caracterización de las falsedades en general como ataque u ofensa al patrimonio, vid. ampliamente CASAS BARQUERO: **El delito de falsedad en documento privado**. cit. págs.42 y siguientes, y bibliografía allí citada.

²⁰⁹Es de aplicación aquí la doctrina vertida en torno a las falsedades lucrativas recogidas en el artículo 306 del actual Código penal, acerca de las cuales se señala que "el bien jurídico que de modo fundamental el artículo 306 tutela se halla constituido por la fe pública o confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos (la funcionalidad del documento, según hemos indicado). Y, en segundo lugar, el

Y ello porque el quebranto de la confianza y seguridad en las relaciones jurídico-patrimoniales y de la funcionalidad del documento producido a través de las falsedades en documentos mercantiles o privados, mientras no pueda derivarse un perjuicio, es o debe ser irrelevante desde el punto de vista del Derecho penal²¹⁰. De esta forma, la combinación de las notas de intensa afectación individual y dañosidad social, que consideramos imprescindibles en la determinación de los bienes jurídico-penales, nos permitirá excluir del ámbito penal los hechos exclusivamente inmorales así como la protección penal de otros valores, funciones y estrategias político-sociales²¹¹.

7. 4. 6. Conclusión: uniofensividad en sentido estricto y pluriofensividad de los delitos societarios. Sistemática idónea.

Como señalan COBO/ VIVES, "al efecto de delimitar si una determinada infracción es uni o pluriofensiva es preciso atender al bien o bienes jurídicos inmediatamente tutelados por la norma, siendo irrelevantes las consideraciones que puedan derivarse de la contemplación del llamado "bien jurídico genérico"²¹². En el análisis de los delitos societarios debe ser destacado claramente que se refieren a comportamientos injustos portadores de ataques contra el patrimonio individual, a los cuales se añade sólo en algún supuesto concreto la lesión

artículo 306 protege los bienes cuya lesión determina la existencia del "perjuicio" al que dicho artículo hace expresa referencia". CORDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*. III. 1978, cit. pág.929.

²¹⁰Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.499. Más ampliamente, vid. *infra*.

²¹¹Cfr. SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.272.

²¹²COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.335.

de otros bienes jurídicos.

Ahora bien, como hemos visto, conviene resaltar asimismo que dichos patrimonios no se protegen en virtud de meros intereses patrimoniales, sino en consideración a intereses colectivos o supraindividuales, lo cual permite deslindar el delito económico del simple delito patrimonial. El recorrido por los diversos intereses que se arguyen como legitimadores de la intervención penal en el ámbito de los delitos societarios nos permite concluir que la tutela del patrimonio individual y del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles aparece en la base de la criminalización de ciertas conductas ilícitas en el ámbito societario.

Mediante la lesión o puesta en peligro del patrimonio individual las conductas delictivas que nos ocupan lesionan frontalmente el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles, impidiendo la consecución de los fines y funciones que el Ordenamiento les atribuye. En consecuencia, con los delitos societarios se trata de proteger indirectamente la integridad del orden económico, entendido siempre éste en un sentido amplio.

Ahora bien, en el tipo societario de falsedad documental se contempla además, junto al patrimonio, otro bien jurídico penalmente protegido consistente en la funcionalidad del documento.

En el caso del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles se trata, nuevamente, del motivo que el legislador ha tenido en mente a la hora de ponderar el merecimiento de pena de las conductas constitutivas de delitos societarios, que no por ello se convierten en delitos pluriofensivos²¹³.

²¹³En contra, entre otros, PEDRAZZI: *El bien jurídico en los delitos económicos*. cit. pág.295. En el sentido del texto, con específica referencia a los delitos societarios, vid. ampliamente GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati*

En definitiva, con las matizaciones efectuadas, cabe señalar que los delitos societarios son, a nuestro juicio, delitos uniofensivos²¹⁴, con la única salvedad del delito de falsas comunicaciones sociales. Por medio de su incriminación el prelegislador trata de proteger, en una línea secundaria y de forma indirecta, el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, con lo cual se logra también la tutela de la integridad del orden económico en sentido amplio, que deviene necesaria para poder obtener las finalidades de política económica y social que un Estado social y democrático de Derecho está obligado a cumplir. Se trata de lo que la doctrina italiana ha llamado "bien jurídico categorial"²¹⁵ o "genérico". No obstante, el bien jurídico protegido en sentido técnico es el patrimonio individual. Así pues, se sintetizan, en la construcción descrita, intereses de naturaleza predominantemente individual (el patrimonio) y social (el orden económico concretado en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles y la funcionalidad del documento en las

societari. cit. págs.3 y siguientes.

²¹⁴Sobre la naturaleza pluriofensiva de los delitos societarios, en términos generales, vid. ANTOLISEI: **Manuale di diritto penale. Leggi complementari**. I. 1993, cit. págs.45 y siguientes; CONTI: **Diritto penale commerciale**. I. cit. pág.126; del mismo autor: **Disposizioni penali in materia di società e di consorzi**. 1988, cit. pág.28. En sentido crítico, vid. GIULIANI BALESTRINO: **I problemi generali dei reati societari**. cit. págs.4 y siguientes; MAZZACUVA: **Ratio di tutela e interesse protetto nel delitto di illecita assunzione di partecipazioni sociali**. cit. págs.682 y siguiente, quien advierte que la dificultad de individualizar en un tipo concreto el bien jurídico protegido no puede justificar el recurso a la categoría del delito pluriofensivo.

²¹⁵Vid. en sentido crítico acerca de la relevancia de las consideraciones que puedan derivarse de la contemplación de este bien, COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.335. Del bien jurídico categorial se habla en la doctrina tanto para referirse al interés genérico, común a toda una serie de infracciones, cuanto para aludir a una finalidad de protección unitaria, que se plasma en la tutela de bienes jurídicos diferentes. DELITALA ha prevenido oportunamente acerca de la eventual confusión entre el "objeto" de la tutela, el patrimonio, y el "motivo" de la tutela, el orden económico, como señala BAJO FERNANDEZ: **Derecho penal económico**. cit. pág.168.

falsas informaciones sociales).

En resumen, para la cabal comprensión del contenido sustancial de los delitos societarios, resulta imprescindible advertir que existen en realidad un bien jurídico inmediato, directamente protegido, que es el patrimonio individual, al que se añade la funcionalidad del documento en el delito de falsas informaciones sociales, y un interés inmaterial colectivo o supraindividual, mediata o indirectamente protegido. Sólo el bien jurídico directamente tutelado ha de ser utilizado como criterio exegético rector del tipo.

Precisados de esta forma los múltiples intereses que subyacen como objeto de la tutela penal, no es posible entender que todas y cada una de las normas incriminadoras los tomen en consideración en su conjunto y en igual medida. Caso por caso y delito a delito será necesario precisar cuál o cuáles fueron los concretos intereses que el legislador ha tenido en su punto de mira a la hora de redactar los tipos. Esta indagación se efectuará en el momento del análisis pormenorizado de las diversas figuras delictivas contenidas en el PCP de 1994. No obstante, parece oportuno advertir en este momento que, dada la conexión existente entre los intereses protegidos, el hecho de reconocer la prevalencia de uno de ellos no excluye que los otros, en mayor o menor medida, hayan sido también tenidos en cuenta por el legislador²¹⁶.

En consonancia con el bien jurídico penalmente protegido y con los intereses subyacentes, y desde el momento en que coincido con el pre-legislador en su afirmación de que se trata de delitos de naturaleza mixta patrimonial-económica, considero que la situación de los delitos societarios en el Título XII del PCP de 1994, relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico, es correcta.

²¹⁶ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. pág.47.

7. 5. TIPOS DE PELIGRO Y DELITOS SOCIETARIOS.

7. 5. 1. Determinaciones previas.

El desvalor de resultado puede consistir bien en la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, bien en su puesta en peligro²¹⁷. Como señalan COBO/ VIVES²¹⁸, en el ámbito de un Derecho penal liberal la lesión de bienes jurídicos de naturaleza material desempeña el papel de núcleo básico del contenido de injusto. Ello no quiere decir que no se castiguen lesiones de bienes jurídicos puramente ideales, o simples puestas en peligro de bienes jurídicos de naturaleza material, sino que tales penalizaciones han de cumplir una función derivada y secundaria.

Ahora bien, hoy en día la doctrina subraya cómo el comportamiento peligroso parece perfilarse cada vez más como un modelo autónomo de tipificación penal²¹⁹. De hecho, en los recientes proyectos de Código penal se opta decididamente por la idea de que el límite a la intervención penal no tiene que establecerse, como regla general, en la lesión de bienes

²¹⁷Vid. por todos CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. pág.393. El desvalor de resultado es graduable en función de su proximidad a la lesión del bien jurídico. Por todos, WOLTER, J.: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten. Gefahr und Verletzung*. Berlin, 1981, págs.64 y siguientes.

²¹⁸COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.254.

²¹⁹Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*. "AP". 1994-1, marginal 481. Vid. también RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. págs.3 y siguientes; TORIO LOPEZ: *Los delitos de peligro hipotético*. cit. pág.838. En Alemania, ya en 1967 señalaba LACKNER, K.: *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*. Berlin, 1967, pág.1, que los delitos de peligro se extendían "como una mancha de aceite", convirtiéndose en el hijo predilecto del legislador.

jurídicos. También el PCP de 1994 amplía, con respecto al actual Código penal, el catálogo de delitos que se configuran siguiendo la estructura típica del peligro.

Esta constatación nos obliga, como no podía ser menos, a profundizar en la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro, que se fundamenta en el efecto sobre el bien jurídico protegido²²⁰. En los primeros, se dice habitualmente, se requiere el efectivo menoscabo o lesión del bien jurídico para entender consumado el delito, mientras que en los segundos es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido²²¹.

Asimismo es clásica la distinción de dos categorías en los delitos de peligro: los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto²²². Profundizaremos en esta

²²⁰Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.238.

²²¹Se trata de un lugar común en la doctrina. En Alemania, vid. por todos JAKOBS, G.: *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*. 2. Aufl. Berlin/ New York, 1993, § 6, Rn.78 (págs.168 y siguiente); JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.238; MAURACH, R./ ZIPF, H.: *Strafrecht. AT. 1. Grundlehren und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*. 8. Aufl. Heidelberg, 1992, § 20 III, Rn.29 (págs.286 y siguiente); ROXIN, C.: *Strafrecht. AT. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. Aufl. München, 1994, § 10, Rn.122 (pág.273).

En España, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho penal. Parte general*. 3. ed. 1994, cit. págs.104 y siguiente; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.222; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.163 y siguiente; QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte General*. 1992, cit. pág.332.

²²²Vid. por todos MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.222. Prescindiremos de otras clasificaciones del peligro que no han alcanzado una aceptación mayoritaria, con el fin de no complicar en exceso la exposición. Sobre ellas, vid. entre otros, ESCRIBA GREGORI, J. M.: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*. Barcelona, 1976, págs.93 y siguientes; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.164 y siguiente, que prefieren la denominación de peligro concreto y peligro potencial; o RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal. Parte General. I*. 1978, pág.279, nota

distinción en las siguientes páginas, advirtiéndole además que en los delitos de peligro abstracto cabe a su vez apreciar distintos subgrupos.

Una vez aclarados los conceptos de delito de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto, analizaré qué técnica de tipificación es más conveniente en la delincuencia económica, teniendo en cuenta que la concepción de los delitos de peligro como adelantamiento de las barreras de protección respecto de los delitos de lesión es absolutamente mayoritaria tanto en la doctrina alemana²²³ como en la española²²⁴. Ahora bien, una respuesta definitiva a esta cuestión requeriría entrar a fondo en la polémica doctrinal acerca de las características de estas técnicas de tipificación y haría necesario, asimismo, un análisis particularizado de las clases de delitos de peligro abstracto que se distinguen en la actualidad. Una tarea de esta extensión supera en mucho los

núm.22, que se adhiere a la distinción de la doctrina italiana entre peligro efectivo y peligro presunto.

²²³Vid. por todos, JAKOBS, G.: *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. "ZStW" 1985, págs.751 y siguientes, y 767 y siguientes; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 13, Rn.32 (págs.75 y siguientes); MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht. AT*. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17 III, Rn.29 (pág.224); ROXIN: *Strafrecht. AT*. I. 2. Aufl. 1994, cit. § 11, Rn.122 (pág.342). Críticamente, KINDHÄUSER, U. K.: *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt aM, 1989, págs.163 y siguientes, y 277 y siguientes.

²²⁴Cfr. LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho penal*. cit. págs.178 y siguientes; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.222 y siguientes y 302 y siguiente; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. 1993, cit. pág.280; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.164 y siguiente; RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. págs.7 y siguientes, y pág.134; SILVA SANCHEZ, J. M.: *Consideraciones sobre el delito del artículo 340 bis a) 1º del Código penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)*. en *Derecho de la Circulación (aspectos civiles y penales)*. Madrid, 1993, págs.150 y 160; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.5.

límites que nos hemos impuesto, razón por la cual se aludirá brevemente en este ámbito a dichas cuestiones, así como a la diferencia de tratamiento que ha de existir entre los delitos económicos que protegen bienes colectivos y los que tutelan bienes individuales, teniendo en consideración que respecto a los bienes jurídicos individuales no se propugna en general un adelantamiento de la tutela mayor del que ya existe²²⁵.

Ya por último, y como conclusión de este apartado temático, procederé a aplicar los resultados obtenidos en el estudio precedente al campo específico de los delitos societarios, teniendo en cuenta que éste es "uno de los campos en que la relación lesión-peligro presenta mayor pluralidad de matices y donde los contornos entre una y otra alternativa aparecen menos definidos"²²⁶, a causa, fundamentalmente, de la heterogeneidad de los intereses en juego.

En estas líneas introductorias no queda ya sino aclarar que la situación de este apartado, inmediatamente a continuación del que se ha dedicado a analizar el bien jurídico en los delitos societarios, responde a una observación generalizada en la doctrina: la de que la comprensión del concepto de peligro es imposible sin referirlo al de bien

²²⁵Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. cit. pág.44. Vid. también BUSTOS RAMIREZ: Los bienes jurídicos colectivos. cit. pág.162; MARTOS NUÑEZ: El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. cit. págs.127 y siguiente, en relación con el patrimonio. En contra, vid. por todos TIEDEMANN: Lecciones de Derecho Penal Económico. cit. pág.242, quien, en referencia al PCP español de 1992, señala que parece exagerado que en él se renuncie absolutamente a los delitos de peligro abstracto en el ámbito de la protección económica del patrimonio, poniendo precisamente como ejemplo de delito que podría configurarse como de peligro abstracto el de falsas informaciones sociales.

²²⁶TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.102. Vid. también FOFFANI: Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>. cit. págs.467 y siguiente; del mismo autor: La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori. I. cit. pág.89.

jurídico²²⁷.

7. 5. 2. Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Buena parte de la confusión que reina en el tema de los delitos de peligro es debida, en gran medida, a la ausencia de acuerdo sobre el significado que cabe otorgar a ciertos términos. Así, el sustantivo *peligro*, o su sinónimo *riesgo*, puede ser utilizado con diversos significados. Trataremos de precisar el sentido con que será usado en las siguientes páginas.

La doctrina, como hemos visto, clasifica mayoritariamente el peligro en abstracto y concreto.

El criterio diferenciador fundamental, según un sector doctrinal, es la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluar el peligro²²⁸.

Aceptando que sólo la acción peligrosa *ex ante* sirve como primer escalón de la imputación objetiva del resultado, deben

²²⁷Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.20; del mismo autor: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.56.

²²⁸Cfr. RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. págs.14 y siguiente, 276 y nota núm.220, y 298 y siguiente. Vid. en este sentido, entre otros, ESCRIBA GREGORI: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*. cit. págs.96 y siguientes; GALLO, M.: *I reati di pericolo*. "Foro pen." 1969, págs.3 y siguientes; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.223 y siguiente; SILVA SANCHEZ: *Consideraciones sobre el delito del art.340 bis a) 1º del Código penal*. cit. pág.149; y TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.25 y siguientes, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

distinguirse aquí dos nociones diversas del concepto de peligro: existe un peligro como característica de la acción, para el cual reservaremos la expresión "peligrosidad de la conducta"; y un peligro como estado conceptualmente separable de la acción, entendido como resultado de puesta en peligro concreto del bien jurídico penalmente protegido²²⁹.

La peligrosidad como característica de la acción reconocible y enjuiciable ex ante constituye un requisito fundamental del desvalor de acción²³⁰ que debe concurrir tanto en los delitos de lesión como en los de peligro concreto o de peligro abstracto²³¹. En los delitos de resultado, sea éste de

²²⁹Cfr. en este sentido, CERESO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general. I.* 1. 4. ed. 1994, cit. págs.352 y siguientes, y notas núms.45 y siguientes; MARTINEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva del resultado.* cit. pág.54; RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal. Parte General.* 1978, cit. págs.331 y siguientes, y nota núm.20; SOLA RECHE, E.: *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal.* "ADPCP" 1994, pág.169, nota núm.13.

²³⁰Cfr. MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho.* cit. págs.63 y siguientes; del mismo autor: *La perspectiva ex ante en Derecho penal.* "ADPCP" 1983, pág.13; del mismo autor: *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto.* "ADPCP" 1988, págs.672 y siguiente; del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General.* 1990, cit. págs.142 y siguientes, y 151 y siguientes; SOLA RECHE: *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal.* cit. págs.170 y 175 y siguientes.

²³¹Como señala MIR PUIG: *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto.* cit. pág.671: "tampoco tiene sentido, en un Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización". Vid. también del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General.* 1990, cit. pág.223; MAURACH, R./ ZIPF, M.: *Derecho penal. Parte general. 1. Teoría general y estructura del hecho punible.* Trad. de la 7. ed. alemana, 1995, cit. § 17, III, Rn.29 (pág.284), en relación exclusivamente a los delitos de peligro concreto; RUDOLPHI, H.-J.: *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal.* en SCHUNEMANN (ed.): *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales.* cit. págs.83 y 87 y siguiente; y SOLA RECHE: *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal.* cit. págs.176 y siguiente, quien señala específicamente que la peligrosidad es el contrapeso

lesión o de peligro, la peligrosidad de la acción constituye también el primer requisito de la imputación objetiva del resultado. Su falta da lugar a la atipicidad de la conducta por ausencia del desvalor de acción²³². Esta "peligrosidad" de la acción consiste en la posibilidad de perturbación del bien jurídico, esto es, en la posibilidad de producción de un resultado de lesión o de peligro²³³.

El peligro como estado, como resultado de la acción espacio-temporalmente separable de ella, integra el desvalor de resultado y ha de reconocerse *ex post*²³⁴. Misión de la imputación objetiva es determinar si la peligrosidad de la acción que excede de la medida permitida y se deduce de un enjuiciamiento *ex ante*, de hecho ha conducido a una puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, antijurídica por exceder el límite permitido, y si esa mayor puesta en peligro se ha realizado en el resultado²³⁵.

En el juicio acerca de la peligrosidad de la acción como elemento del desvalor de acción sólo son relevantes los datos reconocibles en el momento de la ejecución de la conducta. Se

de la legitimidad del legislador para establecer delitos de peligro abstracto.

²³²Cfr. MARTINEZ ESCAMILLA: La imputación objetiva del resultado. cit. págs.54 y siguiente. Vid. también FRISCH, W.: Tipo penal e imputación objetiva. Madrid, 1995, págs.95 y siguiente.

²³³Cfr. LAURENZO COPELLO: El resultado en Derecho penal. cit. pág.180, quien advierte que TORIO distingue, sin embargo, la peligrosidad de la acción como tal y la posibilidad de la producción de un resultado peligroso, entendiendo que ambos constituyen la base de los delitos de peligro hipotético. Vid. TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. pág.846.

²³⁴Cfr. MIR PUIG: La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal. cit. págs.10 y siguientes; SOLA RECHE: La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. cit. págs.177 y siguiente.

²³⁵Cfr. MARTINEZ ESCAMILLA: La imputación objetiva del resultado. cit. pág.56.

utiliza, pues, un punto de vista *ex ante*²³⁶. Por el contrario, en el juicio del peligro como resultado se tienen en cuenta todas las circunstancias conocidas después de la producción del resultado, aunque no fueran reconocibles en el momento de ejecutar la acción. Impera, por tanto, un punto de vista *ex post*²³⁷.

Esta clasificación del peligro da origen a dos categorías delictivas²³⁸, que se diferencian tanto en el ámbito objetivo como en el ámbito subjetivo²³⁹. El injusto de los delitos de

²³⁶Cfr. RUDOLPHI: *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*. cit. págs.87 y siguiente. Vid. también CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. Aufl. 1994, cit. pág.352; SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.388, quien afirma que "este es un juicio que ha de formular un espectador objetivo (medio, con los conocimientos de una persona de inteligencia normal) situado *ex ante*, pero que ha de tener presentes los conocimientos del sujeto acerca de su propia conducta, es decir, que ha de contemplar necesariamente el hecho del sujeto en su unidad objetivo-subjetiva".

²³⁷Cfr. CORCOY BIDASOLO, M.: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona, 1989, págs.202 y siguientes, con ulteriores indicaciones bibliográficas; MARTINEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva del resultado*. cit. págs.55 y siguiente; SOLA RECHE: *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*. cit. págs.176 y siguiente.

²³⁸Advirtamos que la doctrina tradicional realiza una caracterización esencialmente negativa o residual de los delitos de peligro abstracto, categoría en la que incluye todos los delitos que no son ni de lesión ni de peligro concreto. Esta postura ha producido una cierta confusión que trataremos de superar en las siguientes páginas, siguiendo fundamentalmente a LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho penal*. cit. págs.177 y siguientes, y TORIO LOPEZ: *Los delitos de peligro hipotético*. cit. págs.827 y siguientes.

²³⁹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.34. Vid. también ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*. Madrid, 1981, pág.252. Ampliamente, RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. *passim*. En la doctrina alemana, por todos, FRISCH, W.: *Vorsatz und Risiko*. Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1983, pág.290; LENCKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 15, Rn.28 (pág.104). En contra de la existencia de un "dolo de peligro", por todos, HORN, E.: *Konkrete*

peligro concreto se caracteriza por la exigencia de un resultado estructural de peligro²⁴⁰ como elemento típico que debe ser abarcado por el dolo²⁴¹. Es necesaria la constatación

Gefährdungsdelikte. Köln, 1973, pág.204; el mismo autor en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl. 1993**, cit. Vor § 306, Rn.14.

²⁴⁰Según la opinión mayoritaria, el peligro concreto es el resultado típico o estructural. En Alemania, KINDHÄUSER: **Gefährdung als Straftat**. cit. págs.189 y siguiente, afirma que esta tesis es hoy indiscutida. Vid. entre otros, DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze**. 47. Aufl. 1995, cit. Vor § 13, Rn.13 y 13a; GALLAS, W.: **Abstrakte und konkrete Gefährdung**. Fests. für Heinitz. Berlin, 1972, pág.176; HORN: **Konkrete Gefährdungsdelikte**. cit. págs.7 y siguientes; MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht. AT. 1. 1992**, cit. pág.224; OSTENDORF, H.: **Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikte**. "JuS" 1962, pág.428; ROXIN: **Strafrecht. AT. I. 2. Aufl. 1994**, cit. § 11, Rn.114; SCHÜNEMANN: **Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte**. cit. pág.793. En España, por todos, CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. Parte general. I. 1. 4. ed. 1994**, cit. págs.352 y siguientes y 393; LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho penal**. cit. págs.27 y siguiente, 115 y siguientes y 182; MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. págs.227 y siguiente; MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General. 1990**, cit. pág.222; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General. 1986**, págs.73 y 164; RODRIGUEZ MONTAÑES: **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. cit. págs.14 y 143 y siguientes. Por su parte, TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. pág.33, habla de una "conmoción" para el bien jurídico, temporal y espacialmente probablemente afectado, que ha estado en relación inmediata con la puesta en peligro, siguiendo en ello a BUSTOS RAMIREZ: **Manual de Derecho penal. Parte general. 4. ed. 1994**, cit. págs.263 y siguiente.

²⁴¹En este sentido, cfr. específicamente HORN en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl. 1993**, cit. Vor § 306, Rn.14 y siguiente; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal. 1993**, cit. pág.265; LACKNER: **StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995**, cit. § 15, Rn.28 (pág.204); PUPPE, I.: **Die Vorstellungsinhalt des dolus eventualis**. "ZStW" 1991, pág.34; SCHÜNEMANN, B.: **Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV- Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung**. "JR" 1989, pág.93; del mismo autor: **Problemas penales de la transmisión y prevención del SIDA desde la perspectiva alemana**. En I Jornadas sobre Derechos de los pacientes. Madrid, 1992, pág.97.

En la doctrina española, la exigencia de que concurra al menos dolo eventual respecto del resultado de peligro concreto no está clara en muchos autores, como ponen de relieve MIR PUIG, S.: **Conducción temeraria y el nuevo artículo 340 bis, d), del Código Penal**. En **Derecho de la Circulación (aspectos civiles y**

positiva, ex post, del peligro para entender consumado el delito²⁴², puesto que su estructura típica requiere la presencia de un bien jurídico en situación de riesgo efectivo²⁴³.

Ahora bien, conviene advertir que la doctrina tradicional realiza habitualmente una caracterización negativa de los delitos de peligro abstracto, incluyendo en esta categoría todos los delitos que no son de lesión ni de peligro concreto, no precisando tampoco una afectación efectiva del bien jurídico²⁴⁴. De esta manera se han considerado tradicionalmente como de peligro abstracto meros delitos de desobediencia, infracciones administrativas criminalizadas o hechos consistentes en la violación de reglas ético-sociales,

penales). Madrid, 1993, pág.187; y SILVA SANCHEZ: Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida. "La Ley" 1988-3, pág.978, nota núm.49. La afirman expresamente, entre otros, BAJO FERNANDEZ, M.: La actualización del Código Penal de 1989. Madrid, 1989, pág.43; MUÑOZ CONDE: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. págs.183 y 513; PEREZ ALVAREZ, F.: Protección penal del consumidor. Barcelona, 1991, págs.192 y siguientes. Ampliamente sobre la estructura del dolo de peligro, vid. RODRIGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. págs.159 y siguientes.

²⁴²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.33. Vid. igualmente BARBERO SANTOS, M.: Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. "ADPCP" 1973, pág.489; MAQUEDA ABREU: La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. cit. marginal 486. Esta es también la concepción mayoritariamente acogida por la doctrina alemana.

²⁴³Cfr. RODRIGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. págs.37 y siguiente. Exigen también que en los delitos de peligro concreto se afecte a un bien jurídico determinado, entre otros, CEREZO MIR: Curso de Derecho penal español. Parte general. I. 1. 4. ed. 1994, cit. pág.355; GALLAS: Abstrakte und konkrete Gefährdung. cit. pág.177; KÜPPER, W.: Gefährdung als Erfolgsqualifikation. "NJW" 1976, págs.544 y siguiente; MAQUEDA ABREU: La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. cit. marginal 486. Sobre los elementos que se han de tomar en cuenta en este juicio ex post, vid. de esta última autora: op. cit., marginales 490 y siguiente.

²⁴⁴Cfr. TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. pág.827.

carentes de entidad suficiente para ser considerados delitos por ser contrarios al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos²⁴⁵. La errónea identificación entre los delitos de peligro abstracto *stricto sensu* y estos ilícitos formales dificulta su análisis dogmático, puesto que ha servido de base a la mayoría de las críticas sobre la categoría, críticas que se centran en que toda la categoría se fundamenta en una inadmisibles presunción *iuris et de iure* de peligro²⁴⁶.

Los delitos de peligro abstracto en sentido estricto, excluido el subgrupo apuntado, se caracterizan por tratarse de delitos sin resultado estructural²⁴⁷ pero con un desvalor

²⁴⁵Cfr. LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho penal*. cit. págs.177 y siguientes, en especial pág.181. Vid. ampliamente TORIO LOPEZ: *Los delitos de peligro hipotético*. cit. págs.827 y siguiente, y 835 y siguientes.

²⁴⁶Cfr. en este sentido BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. págs.264 y siguiente; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.165. En contra, ampliamente, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. págs.353 y siguientes.

²⁴⁷Cfr., entre otros, BERISTAIN IPIÑA, A.: *Resultado y delitos de peligro*. en *Cuestiones penales y criminológicas*. Madrid, 1979, pág.273; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. págs.352 y siguientes; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.238 y siguiente. Dubitativo, BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.105.

Un sector doctrinal afirma, no obstante, que el peligro abstracto puede constituir un auténtico resultado típico o estructural. Así, vid. por todos MARTIN, J.: *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*. Freiburg i. B., 1989, pág.131, quien sostiene que "la diferencia entre los delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto no reside en que los primeros tengan un resultado perteneciente al tipo y los otros no, sino en la clase de resultado: resultado de los delitos de lesión es el perjuicio efectivo del bien jurídico protegido. Resultado de los delitos de peligro concreto es la probabilidad suficiente y determinable *ex post* de dicha lesión para un objeto del hecho que se encuentra en el radio de efecto de la acción peligrosa. Resultado de los delitos de peligro abstracto es el riesgo jurídicamente desaprobado y determinable *ex ante* de que la acción produzca

potencial de resultado, lo que permite su integración en un Derecho penal orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos²⁴⁸. En los delitos de peligro abstracto el legislador se conforma con la adecuación o idoneidad *ex ante* de la acción para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, sin exigir su contacto con la acción del autor²⁴⁹, esto es, sin exigir que en el caso concreto se haya lesionado o puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido²⁵⁰, pero

lesiones, con independencia de que el peligro abarque realmente un objeto del hecho y de que éste, casualmente, cuente con posibilidades de salvación". Igualmente, *op. cit.* págs. 82 y siguientes. Como señala LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho penal.** cit. pág. 85, con la consideración del peligro abstracto como resultado se resuelve el problema de los delitos protectores de bienes supraindividuales concretos, pero no las dificultades que originan los abstractos, a los cuales no queda otra salida que considerarlos como delitos sin resultado.

²⁴⁸Cfr. LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho penal.** cit. pág. 181. Vid. al respecto BARBERO SANTOS: **Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto.** cit. pág. 498; GALLAS: **Abstrakte und konkrete Gefährdung.** cit. pág. 181; TORIO LOPEZ: **Los delitos de peligro hipotético.** cit. pág. 846. En contra, vid. por todos MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación.** cit. pág. 153, quien afirma que "peligrosidad de la acción y afección al bien jurídico no son sinónimos y el principio de ofensividad requiere que el bien jurídico sea realmente afectado" (cursivas añadidas).

²⁴⁹Cfr. MAQUEDA ABREU: **La idea de peligro en el moderno Derecho Penal.** cit. marginal 486. Así, explícitamente, vid. también BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho penal español. Parte general.** 1990, cit. pág. 52; CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. Parte general.** I. 4. ed. 1994, cit. págs. 354 y siguiente; LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho penal.** cit. pág. 178; MAQUEDA ABREU: **La idea de peligro en el moderno Derecho penal.** cit. marginales 485 y siguiente; RODRIGUEZ MONTAÑES: **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** cit. págs. 298 y siguiente; RUDOLPHI: **El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal.** cit. pág. 92; TORIO LOPEZ: **Los delitos de peligro hipotético.** cit. págs. 827 y siguientes, 840 y 846.

²⁵⁰En este sentido, cfr. LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho penal.** cit. pág. 180; RODRIGUEZ MONTAÑES: **Delitos de peligro, dolo e imprudencia.** cit. págs. 14 y siguiente, y bibliografía que allí menciona. En lengua alemana, por todos, CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. vor § 13, Rn. 13a (pág.); HORN: **Konkrete Gefährdungsdelikte.** cit.

requiriendo para la consumación del delito la posibilidad de producción del resultado²⁵¹. Como señala RODRIGUEZ MONTAÑES, "si se da esa peligrosidad ex ante, el que ex post se haya producido o no el peligro es algo que ni siquiera ha de ser considerado"²⁵².

Según he adelantado, parte de la doctrina española se cuestiona la legitimidad de los delitos de peligro abstracto al entender que en ellos falta el desvalor de resultado, es decir, la producción de, al menos, un peligro para el bien jurídico, penándose únicamente la mera desobediencia o sólo un desvalor de conciencia²⁵³. Aquí se produce la extensión de la crítica que merece el subgrupo de delitos consistentes en meras desobediencias, infracciones administrativas criminalizadas, etc. a los delitos de peligro abstracto en sentido estricto²⁵⁴: la característica que tradicionalmente ha definido a todos los delitos de peligro abstracto según esta doctrina ha sido la presunción *iuris et de iure* de la

pág.30.

²⁵¹Cfr. LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho penal*. cit. págs.180 y siguiente; TORIO LOPEZ: *Los delitos de peligro hipotético*. cit. pág.846. En el mismo sentido, vid. GALLAS: *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. cit. pág.179.

²⁵²RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. pág.298. Vid. también BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho penal español. Parte general*. 1990, cit. pág.125; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. pág.352; MAQUEDA ABREU: *La idea de peligro en el moderno Derecho Penal*. cit. marginal 490; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.224.

²⁵³Cfr. en este sentido, BUSTOS RAMIREZ, J.: *Control social y Sistema penal*. Barcelona, 1987, págs.318 y siguiente; del mismo autor: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. págs.264 y siguiente. Como ejemplos de esta doctrina tradicional, vid. por todos MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.280, quienes hablan de "simple desobediencia a la norma sin ofensa al bien jurídico protegido".

²⁵⁴Cfr. en sentido crítico TORIO LOPEZ: *Los delitos de peligro hipotético*. cit. pág.828.

peligrosidad de la acción²⁵⁵. Se entendía que el tipo de los delitos de peligro abstracto se limitaba a definir una acción peligrosa porque el surgimiento del peligro era inherente a la realización de una acción de esas características²⁵⁶, sin admitirse la prueba de la ausencia de peligrosidad de la acción en el caso concreto. De ahí que las resistencias a la admisibilidad de estos delitos no sean nuevas, como bien señala TERRADILLOS BASOCO²⁵⁷, quien correctamente las atribuye a esta errónea identificación entre peligro abstracto y desobediencia²⁵⁸ que, como hemos señalado, sólo es aceptable

²⁵⁵Como ya hemos adelantado, la jurisprudencia y la doctrina tradicional en España consideran que en los delitos de peligro abstracto la ley presume *iuris et de iure* la peligrosidad de la acción. Cfr. además de los autores ya citados, CORDOBA RODA, J.: *Les délits de mise en danger*. "RIntDP" 1969, cit. pág.359; RODRIGUEZ DE VESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte General*. 1994, cit. págs.427 y siguiente; RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal. Parte General*. 1978, cit. págs.279 y siguiente; RODRIGUEZ RAMOS, L.: *El <<resultado>> en la teoría jurídica del delito*. "CPC" núm.1, 1977, págs.55 y siguiente.

²⁵⁶Cfr. CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. pág.352; MENDEZ RODRIGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. cit. pág.133. Así, vid. por todos BARBERO SANTOS: *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*. cit. pág.489; BERISTAIN IPIÑA, A.: *El delito de peligro por conducción temeraria. Notas al artículo 340 bis a) n° 2°*. "RDCir" 1970, pág.545; CANESTRARI: *Voce Reati di pericolo*. "Enc. Giur." 1985, pág.4; FIANDACA, G.: *Note sui reati di pericolo*. "Il Tommaso Natale" I, 1977, pág.175; GALLO: *I reati di pericolo*. cit. pág.5; RIZ, R.: *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*. "Ind. pen." 1983, pág.498.

²⁵⁷TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.35.

²⁵⁸De nuevo, TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.36; del mismo autor: *Derecho penal de la empresa*. cit. págs.55 y siguiente. Ampliamente, vid. MENDEZ RODRIGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. cit. págs.135 y siguientes.

Basta leer la síntesis que ofrece BERISTAIN IPIÑA, A.: *Resultado y delitos de peligro*. "RFDUCM" Vol. XIII, 1969, pág.457, o la opinión de QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. IV. 1967, pág.457: "los llamados delitos de peligro abstracto son presuntivos y de estructura formal y de desobediencia".

en un subgrupo de la categoría que nos ocupa.

Si se acepta, como aquí hacemos, la propuesta de TORIO LOPEZ²⁵⁹, se ha de afirmar la atipicidad de la conducta una vez que se prueba en el caso concreto que el peligro para el bien jurídico quedó excluido de antemano²⁶⁰. Con ello no se trata de admitir la prueba de la no peligrosidad en el caso particular, a lo que se oponen los principios que rigen la carga de la prueba en el Derecho procesal penal²⁶¹, sino de que cuando el delito requiera "una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según

²⁵⁹TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. *passim*.

²⁶⁰Vid. en este sentido, ESCRIVA GREGORI: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal. cit. págs.72 y siguientes, 115 y siguientes, y TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. págs.831 y siguientes, quienes sostienen que ha de comprobarse en el caso concreto la aptitud de la acción para la producción de un daño o la posibilidad de contacto entre la acción y el bien jurídico. Vid. también BARBERO SANTOS: Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. cit. págs.493 y siguientes; LAURENZO COPELLO: El resultado en Derecho penal. cit. págs.178 y siguientes; MAQUEDA ABREU: La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. cit. marginal 488; MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. pág.224; TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. págs.42 y siguiente; del mismo autor: Derecho penal de la empresa. cit. págs.55 y siguiente.

Esta corriente doctrinal tiene su origen en las tesis de SCHRÖDER: Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. cit. págs.7 y siguientes, quien proponía conceder eficacia a la prueba de la falta de peligrosidad de la acción formalmente coincidente con el tenor del tipo, transformado la presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad de la acción en una presunción *iuris tantum*.

En contra, por todos, BERISTAIN IPIÑA: Resultado y delitos de peligro. cit. pág.456; GALLO: I reati di pericolo. cit. pág.5. CERESO MIR: Curso de Derecho penal español. Parte general. I. 1. 4. ed. 1994, cit. pág.355, a quien esta propuesta parece plausible de *lege ferenda*, pero afirma que de *lege lata* supone una nivelación con los delitos de peligro concreto.

²⁶¹En particular, el principio *in dubio pro reo*, puesto que de no lograr acreditar la inexistencia de peligro la presunción operaría en perjuicio del autor. Cfr. CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 306 ff., Rn.3 y siguientes (págs.2129 y siguiente).

un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste"²⁶².

Como es sabido, la peculiaridad de los delitos de peligro abstracto reside en que la protección del bien jurídico se adelanta hasta un punto en el que no es necesario que éste entre en contacto efectivo con la acción. Son, según hemos indicado, delitos sin resultado estructural. Entendemos también que no basta con la mera realización de la acción descrita en el tipo para considerar consumado el delito, sino que es preciso que se trate de una acción peligrosa, entendiendo por tal la "idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido"²⁶³ según un juicio *ex ante*²⁶⁴. Ahora bien, aun exigiendo la peligrosidad de la acción, fundamento, como hemos visto, del desvalor de acción, ésta no es suficiente para considerar que se produce una perturbación del bien jurídico! Como señala LAURENZO COPELLO²⁶⁵, "en la medida en que no se exige que el bien jurídico entre en ningún momento en contacto con la acción peligrosa, no parece que pueda afirmarse que ésta lo <<perturba>> de algún modo". Nos encontramos, en fin, ante delitos sin resultado estructural, pero con un "desvalor

²⁶²TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. pág.846.

²⁶³TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. pág.838. También GALLAS: *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. cit. pág.179, exigía la posibilidad de producción del peligro para el bien jurídico protegido.

²⁶⁴Cfr. MAQUEDA ABREU: La idea de peligro en el moderno Derecho penal. cit. marginal 485; RODRIGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. pág.297; TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. pág.840.

²⁶⁵LAURENZO COPELLO: El resultado en Derecho penal. cit. pág.180.

potencial de resultado"²⁶⁶, cuya concurrencia será objeto de un juicio *ex post*.

Desde esta posición, es rechazable toda objeción que se formule a la punibilidad de los delitos de peligro abstracto *stricto sensu* mediante la afirmación de que en ellos no hay desvalor de resultado sino que se pena únicamente un desvalor de ánimo o una mera desobediencia²⁶⁷.

Una categoría peculiar dentro de los delitos de peligro abstracto está constituida por los delitos de aptitud²⁶⁸. Se trata de figuras delictivas en las que se exige expresamente

²⁶⁶Cfr. LAURENZO COPELLO: El resultado en Derecho penal. cit. págs.180 y siguiente. Vid. también GALLAS: *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. cit. págs.176 y 181; MAQUEDA ABREU: La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. cit. marginales 487 y siguiente; TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. pág.846.

²⁶⁷Cfr. GRACIA MARTIN, L.: Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II). "AP" 1994-1, marginales 349 y 354 y siguientes.

²⁶⁸Un sector doctrinal minoritario considera que los delitos de aptitud constituyen una categoría intermedia entre los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto. Vid. entre otros DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. Vor § 13, Rn.13 a; y SCHÜNEMANN: *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*. cit. pág.793. Ahora bien, la mayoría los considera delitos de peligro abstracto. Vid. por todos, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. pág.353; RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. págs.19 y siguiente; TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. págs.827 y siguientes. En Alemania, también por todos, GALLAS: *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. cit. págs.171 y siguientes, y especialmente págs.183 y siguiente; FISCHER, T.: *Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130)*. "GA" 1989, págs.445 y siguientes; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 13, Rn.32 (pág.76); ROXIN: *Strafrecht. AT. I. 2. Aufl.* 1994, cit. § 11, Rn.127 (pág.344); SCHRÖDER, H.: *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?*. "JZ" 1967, pág.522; del mismo autor: *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*. cit. págs.7 y 18 y siguientes. Para un intento de sistematización de los delitos de aptitud, vid. HOYER, A.: *Die Eignungsdelikte*. Berlin, 1987, págs.103 y siguientes, y 197 y siguientes.

en el tipo que la realización de la acción sea idónea para la producción de un resultado²⁶⁹ que puede ser de lesión²⁷⁰ o de peligro. Son en todo caso delitos de peligro abstracto en los que la peligrosidad de la acción es expresamente exigida en el tipo, sin ser precisa para la consumación la producción de un resultado de lesión o de peligro concreto para un bien jurídico protegido²⁷¹. No se trata, como afirma RODRIGUEZ MONTAÑES²⁷², de que dentro de los delitos de peligro abstracto puedan "diferenciarse tipos en los que la peligrosidad de la conducta va implícita en la descripción típica, en los que la valoración de su aptitud lesiva general es llevada a cabo por el legislador... y tipos en los que se incorporan elementos normativos de aptitud, que deben cumplirse para que la conducta sea típica, cuya constatación corresponde al juez y respecto de los cuales será necesaria la imputación subjetiva". La aptitud de la conducta para perturbar el bien jurídico protegido debe concurrir desde un punto de vista *ex post* tanto en unos como en otros; ahora bien, en los delitos de aptitud el legislador ha manifestado de forma expresa la necesidad de que concorra dicha capacidad de perturbación, mientras que en los delitos de peligro abstracto "normales" es posible llegar a la misma conclusión por vía interpretativa, aunque la equiparación, de *lege lata*, pueda ser discutible.

²⁶⁹Cfr. ESCRIBA GREGORI: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. cit. págs.31 y siguiente.

²⁷⁰Vid. por ejemplo RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. pág.300, que sólo menciona la aptitud "para causar resultados lesivos".

²⁷¹Cfr. RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. pág.19, con ulteriores indicaciones bibliográficas. En el mismo sentido, vid. también, entre otros, GALLAS: *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. cit. págs.174 y siguiente, y especialmente págs.183 y siguiente; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.238 y siguiente; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 13, Rn.32 (págs.76 y siguiente).

²⁷²RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. pág.20.

De acuerdo con lo que hasta aquí se ha dicho, cabe plantear una clasificación basada en el criterio de la intensidad del efecto exigido sobre el bien jurídico. Se distingue, partiendo de la mayor intensidad, entre delitos de lesión, de peligro concreto y de peligro abstracto²⁷³. La peligrosidad abstracta es, en fin, un estadio previo a la peligrosidad concreta, y ambas lo son de la lesión²⁷⁴.

7. 5. 3. Delitos económicos y delitos de peligro.

El grado de peligrosidad relevante para la intervención penal aparece condicionada por todos aquellos principios que, según una interpretación teleológica, "influyen en la determinación del injusto de cada figura delictiva: no sólo la importancia del bien jurídico cuya tutela se pretende y la gravedad de la conducta que lo amenaza, sino también los mismos principios de intervención mínima del hecho o el respeto de un determinado ámbito de libertad de actuación"²⁷⁵.

En la doctrina penal es mayoritario el sector que propugna la utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto como medio más eficaz de lucha contra la delincuencia

²⁷³Cfr. LAURENZO COPELLO: El resultado en Derecho penal. cit. pág.182; MAQUEDA ABREU: La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. cit. marginales 486 y 491. En el mismo sentido, vid. RODRÍGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. pág.134; TORIO LOPEZ, A.: Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. "ADPCP" 1986, pág.34. En Alemania, por todos, MAURACH/ ZIPF: Strafrecht. AT. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 20 III, Rn.29 (pág.286)

²⁷⁴Cfr. GALLAS: Abstrakte und konkrete Gefährdung. cit. pág.180; TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.35; del mismo autor: Derecho penal de la empresa. cit. pág.53; TORIO LOPEZ: Los delitos de peligro hipotético. cit. pág.835.

²⁷⁵MAQUEDA ABREU: La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. cit. marginales 488 y siguiente.

económica²⁷⁶, argumentando que la importancia de los bienes jurídicos protegidos y la potencialidad lesiva de la acción en relación a dichos bienes justifican suficientemente la utilización de esta técnica.

La amplitud y variedad de los supuestos que se cobijan bajo la rúbrica "delitos económicos" impiden un análisis pormenorizado de los mismos. Aquí se trata únicamente de poner de relieve ciertas notas en relación a los que son considerados delitos de peligro abstracto: en los delitos económicos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales no reconducibles a bienes individuales, la protección de dichos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales se instrumenta a través del peligro abstracto para bienes u objetos intermedios con función representativa²⁷⁷; en los delitos económicos con un bien jurídico de naturaleza individual, se utilizan bien los delitos de peligro abstracto bien los delitos de aptitud²⁷⁸.

La novena recomendación del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (A.I.D.P.), celebrado en El Cairo en 1984, no tiene dudas acerca de la utilización de la técnica del peligro abstracto, pronunciándose

²⁷⁶Vid. por todos CORREIA, E./ FIGUEIRIDO DIAS, J. de: *Rapport. "RIntDP" 1983*, págs.517 y siguiente; DELITALA, G.: *Les délits de mise en danger. Rapport général. "RIntDP" 1969*, pág.293; FIANDACA, G.: *Il reato commissivo mediante omissione. Milano, 1979*, pág.58; GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*: cit. pág.477; STAMPA/BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.60; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. págs.852 y siguiente; TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. I. AT. 1976*, cit. págs.81 y siguiente.

²⁷⁷Cfr. SCHÜNEMANN: *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*. cit. pág.798. Vid. ampliamente RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. págs.300 y siguientes.

²⁷⁸Vid. RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. pág.300.

sobre el tema que nos ocupa en los siguientes términos: "el empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión, y en tanto la prohibición se refiera directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos".

Esta observación es pertinente desde el momento en que se reconoce que los mencionados delitos de peligro abstracto brindan facilidades para su prueba, por cuanto en ellos no es relevante que el daño se haya producido efectivamente, ni es necesario comprobar la efectiva puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido en el tipo²⁷⁹. Buena parte de la doctrina española y comparada alega precisamente esta facilitación de la prueba para justificar la adopción del peligro abstracto como medio de lucha contra la delincuencia económica; en aquellos delitos económicos que tutelan bienes jurídicos de naturaleza supraindividual o colectiva no reconducibles a un bien jurídico individual, se responde así al deseo de evitar la ineficacia que se derivaría de la exigencia de lesión de un orden económico o, en general, de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que, globalmente considerados, no son susceptibles de menoscabo apreciable causado por una sola acción individual²⁸⁰. La

²⁷⁹Cfr. TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.36; del mismo autor: Delitos contra el orden económico. cit. pág.173. Vid. RODRIGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. págs.298 y siguiente. Más ampliamente, supra.

²⁸⁰Como señala LOOS, F.: Zum <<Rechtsgut>> der Bestechungsdelikte. Fests. für H. Welzel. Berlin, 1974, págs.888 y siguiente, el menoscabo de tales bienes se produce, más que por un solo acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Vid. en el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MONTAÑES: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. cit. págs.300 y siguientes; SCHÜNEMANN: ¿Ofrece la

verificación del resultado no se concibe más que como un obstáculo inútil para la protección efectiva de tales bienes²⁸¹, dada la dificultad para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con ese bien jurídico colectivo o supraindividual²⁸². En este sentido se alega que el recurso a los delitos de peligro abstracto constituye la única técnica posible en sede de delincuencia socio-económica, en la medida en que los daños no sean científicamente mensurables²⁸³.

Ahora bien, como señala TERRADILLOS BASOCO²⁸⁴, estas propuestas "son inadmisibles desde el momento en que se considera que "no se trata tanto de subvenir a las necesidades de prueba en el ámbito del Derecho sustantivo, pues ello provocaría una respuesta negativa sobre la aceptabilidad de estos delitos, como de definir comportamientos objetivamente peligrosos. De otro modo, como ya vimos, estaríamos no ante un peligro sino ante una inadmisibile presunción *iuris et de iure*".

Como hemos tenido ocasión de ver, también se alega

reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?. cit. págs.34 y siguiente.

²⁸¹Cfr. por ejemplo FIANDACA: *Il reato commissivo mediante omissione*. cit. pág.58. Como señala TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.47 y siguiente, "es sabido que si se prescinde del resultado, se brindan facilidades para la prueba ya en el ámbito del Derecho penal sustantivo".

²⁸²Cfr. FIANDACA, G.: *La tipizzazione del pericolo*. "Dei Delitti e delle Pene" 1984, pág.456. Vid. también RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. págs.300 y siguiente.

²⁸³Cfr. TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. I. AT. 1976, cit. págs.81 y siguiente. Vid. también TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. págs.852 y siguiente.

²⁸⁴TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.49 y siguiente; del mismo autor: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.46.

habitualmente que la anticipación de la tutela penal halla su justificación en la importancia y entidad de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de peligro abstracto²⁸⁵, afirmándose que tal anticipación "se puede considerar exenta de objeciones cuanto más elevado sea el rango del bien expuesto al riesgo"²⁸⁶. En esta cuestión es imposible ofrecer una solución global para todos los delitos económicos, dada la variedad de tipos que se engloban bajo esta rúbrica. Se ha de tener en cuenta ante todo la clase de bien jurídico protegido, lo que nos permite diferenciar entre los delitos orientados a la protección de bienes individuales y aquellos otros que protegen bienes jurídicos colectivos, difusos o supraindividuales no reconducibles a bienes individuales²⁸⁷, e incluso a funciones²⁸⁸. Esta distinción adquiere particular relevancia a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los posibles concursos entre delitos de peligro y de lesión, momento en el que la naturaleza de estos bienes jurídicos colectivos, la afirmación o negación de su autonomía o de su valor instrumental en relación con los bienes jurídicos individuales servirá como criterio fundamental de

²⁸⁵Vid. por ejemplo FIANDACA: *La tipizzazione del pericolo*. cit. pág.442; GRASSO: *L'anticipazione della tutela penale: I reati di pericolo e i reati di attentato*. cit. pág.690; SCHÜNEMANN: *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*. cit. pág.798; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.62.

²⁸⁶FIANDACA: *La tipizzazione del pericolo*. cit. pág.442.

²⁸⁷Cfr. LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho penal*. cit. pág.181. Vid. ampliamente RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. págs.299 y siguientes, y la bibliografía que menciona; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.39 y siguientes.

²⁸⁸Como subraya HASSEMER, W.: *Umweltschutz durch Strafrecht*. "Neue Kriminalpolitik" 1988, págs.47 y siguientes, el paso de la tutela penal de bienes a la tutela penal de funciones pone en peligro el papel crítico-garantista del bien jurídico.

interpretación²⁸⁹.

Hay que reconocer que el mayor índice de aplicación de la técnica del peligro abstracto se ha conseguido en la creación de tipos que protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales²⁹⁰, y, por lo que aquí interesa, de naturaleza económica. En la concepción individualista del bien jurídico que hemos adoptado no cabe duda de que son los bienes jurídicos individuales los que deben gozar de la mayor intensidad en la protección, por lo que justificar el recurso a la técnica de los delitos de peligro abstracto a través del argumento del rango o importancia del bien jurídico choca con la observación de que, en la mayor parte de los casos, estos delitos se formulan para la protección de intereses colectivos o supraindividuales de naturaleza socio-económica²⁹¹. Ahora bien, se produce aquí una cierta confusión doctrinal en la concreción de la naturaleza individual o colectiva de los bienes jurídicos protegidos que repercute, como no podía ser menos, en la definición de los tipos como de lesión o de

²⁸⁹Vid. HERNANDEZ PLASENCIA: **Delitos de peligro con verificación de resultado**. cit. págs.115 y siguientes.

²⁹⁰Cfr. HERNANDEZ PLASENCIA: **Delitos de peligro con verificación de resultado**. cit. págs.120 y siguiente; MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. pág.157. Ampliamente, MAQUEDA ABREU: **La idea de peligro en el moderno Derecho Penal**. cit. marginales 491 y siguientes. Cuando se trata de intereses colectivos o supraindividuales el perjuicio no suele ser científicamente mensurable, por lo que se ha generalizado la opinión de que es indispensable acudir a los tipos de peligro abstracto. Vid. ANGIONI: **Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico**. cit. pág.78, nota núm.18; BUSTOS RAMIREZ: **Los bienes jurídicos colectivos**. Control social, cit. pág.198; HASSEMER, W.: **Theorie und Soziologie des Verbrechens**. Frankfurt a. M., 1973, págs.220 y siguientes; TIEDEMANN: **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität**. I. AT. 1976, cit. págs.81 y siguiente.

²⁹¹Vid. MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. págs.157 y siguientes.

peligro²⁹². Partiendo de que en gran número de delitos económicos en sentido amplio los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos son complementarios de bienes jurídicos individuales, no es siempre indispensable el recurso a los tipos de peligro abstracto para proteger aquéllos²⁹³: si el tipo se pone en relación con el bien jurídico individual se configurará como de peligro concreto o abstracto, pero en relación con el bien supraindividual o colectivo cuya tutela justifica el adelantamiento en la punición será de lesión o de peligro concreto²⁹⁴. Con TERRADILLOS BASOCO²⁹⁵ cabe

²⁹²Vid. por ejemplo, TIEDEMANN, quien afirma que si tomamos en consideración los intereses patrimoniales puede que la ley no exija lesión, pero cuando se trata de intereses supraindividuales, colectivos o difusos, difícilmente se puede exigir, so pena de consagrar la inaplicabilidad, un perjuicio constatable y cuantificable. Cfr. TIEDEMANN: **Delitos contra el orden económico**. cit. pág.173; del mismo autor: **Poder económico y delito**. cit. pág.36. Como indica PEDRAZZI: **El Derecho penal económico en la moderna experiencia italiana**. cit. pág.275, en el campo de los intereses difusos la distinción entre la lesión efectiva y el simple peligro es difícil en la mayor parte de los casos.

²⁹³Cfr. BUSTOS RAMIREZ: **Los bienes jurídicos colectivos**. cit. pág.160; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. pág.65. En contra, vid. MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. pág.159, quien afirma que "la estructuración de los tipos de peligro en relación a los bienes jurídicos colectivos no tiene por qué basarse ni tomar como objetivo a los bienes jurídicos individuales".

²⁹⁴Cfr. MAQUEDA ABREU: **La idea de peligro en el moderno Derecho Penal**. cit. marginal 492. En este mismo sentido afirma TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. pág.36, que "el peligro parece abstracto únicamente si es referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico... estos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro) por el delito". Por su parte, TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros**. cit. pág.853, afirma la inevitabilidad de los delitos de peligro abstracto "siempre que lo que es hipotético peligro para los intereses patrimoniales concretos, sea efectiva lesión de los mecanismos económicos generales, por vulnerar las reglas fundamentales de su funcionamiento".

preguntarse, entonces, por qué no se ha de hablar de auténticos delitos de lesión o de peligro concreto respecto a esos bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, sin referencia alguna al peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales. Como señala el mismo autor, la respuesta negativa se puede fundamentar en dos consideraciones: por un lado, en que el dolo del autor raras veces abarcará la lesión de un bien supraindividual o colectivo; por otro, en que la comprobación de la lesión de un bien jurídico de esta naturaleza es, en la mayoría de los casos, imposible²⁹⁶. El propio TERRADILLOS afirma, sin embargo, que estas objeciones pueden ser eludidas, en primer lugar, precisando la existencia de bienes jurídicos colectivos intermedios, que sí pueden ser abarcados por el dolo del autor, y, en segundo lugar, creando tipos de peligro concreto²⁹⁷. Ahora bien, cuando no es posible precisar el alcance de la lesión, menos aún podrá determinarse la puesta en peligro concreto. Y ello puesto que ni las prohibiciones de poner en peligro son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar, ni los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio: el peligro no es un estado que se haya de evitar por sí mismo, sino sólo en cuanto medio para evitar la lesión del bien jurídico protegido²⁹⁸. El peligro es necesariamente el estadio previo de la lesión y si ésta no es determinable, tampoco lo será la efectiva puesta en peligro²⁹⁹. Y en referencia al aspecto subjetivo del delito,

²⁹⁵TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.67 y siguientes, en especial págs.69 y siguiente.

²⁹⁶Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.67 y siguiente.

²⁹⁷Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.68.

²⁹⁸Cfr. RODRIGUEZ MONTAÑES: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. cit. pág.7.

²⁹⁹Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. cit. pág.40.

el dolo del autor abarcará, por regla general, únicamente la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales, sin detenerse a considerar que con su conducta lesiona o pone en peligro también el bien jurídico supraindividual o colectivo.

Por otra parte, si la caracterización de un tipo como de peligro abstracto responde en realidad a que no es posible identificar con precisión el objeto de protección de la norma, esto es, el bien jurídico penalmente protegido, esta técnica de adelantamiento de las barreras de protección se revela como absolutamente injustificada, dando origen a delitos de mera desobediencia que rebasan los límites dentro de los cuales el Derecho penal está legitimado para actuar³⁰⁰. Y es que la dificultad de crear delitos económicos con un contenido material de lesión es, en numerosas ocasiones, fruto de la indeterminación de los bienes jurídicos que se tratan de proteger. "Es justamente esta razón junto a la <<comodidad>> y la supuesta eficacia que supone la tipificación de acciones general y abstractamente peligrosas, el motivo de la utilización indiscriminada de los tipos de peligro abstracto en el ámbito económico, en muchas ocasiones con la única finalidad de protección de directrices económicas"³⁰¹.

En el Derecho penal económico, la aparición de nuevos "bienes jurídicos" excesivamente vagos en su formulación ha provocado en ocasiones el olvido del concepto de bien jurídico

³⁰⁰Cfr. LAURENZO COPELLO: **El resultado en Derecho penal**. cit. pág.181. En el mismo sentido, vid. PEDRAZZI, C.: **Rapport. "RintDP" 1983**, pág.431; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. págs.48 y siguiente, y págs.69 y siguientes.

³⁰¹MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. cit. pág.161. En el mismo sentido, vid. ampliamente TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**. cit. págs.48 y siguientes; del mismo autor: **Derecho penal de la empresa**. cit. págs.51 y siguientes.

como ineludible punto de referencia material³⁰², poniendo en crisis la función de garantía que debe desempeñar en los actuales procesos de criminalización³⁰³. De ahí la necesidad, que ya he tenido ocasión de remarcar, de definir con precisión el bien jurídico penalmente protegido³⁰⁴.

Con la técnica de los delitos de peligro abstracto no se trata ni de facilitar la prueba ni de crear arbitrariamente nuevos bienes jurídicos sin suficiente entidad material como para ser objeto de protección por el Derecho penal, sino de satisfacer necesidades reales de tutela, tipificando conductas en las que la acción peligrosa aparezca ya como merecedora de pena sin violar los principios que limitan el ejercicio del ius puniendi estatal³⁰⁵.

7. 5. 4. Delitos societarios y delitos de peligro.

Como ya hemos visto, la admisibilidad de la técnica de los delitos de peligro abstracto depende, en gran medida, de dónde se ponga el acento de la intervención penal: en la lesión del bien jurídico individual, en la situación de peligro que para él se genera o en la peligrosidad de la conducta.

³⁰²Vid. HASSEMER: *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale*. cit. págs.109 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. págs.5 y siguiente; del mismo autor: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.46.

³⁰³Vid. entre otros, HASSEMER: *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e Diritto naturale*. cit. págs.109 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.63.

³⁰⁴Vid. *supra*. Cfr. también BUSTOS RAMIREZ: *Los bienes jurídicos colectivos*. cit. págs.153 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.62.

³⁰⁵Vid. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.51.

En el curso de esta investigación se ha optado por considerar el orden económico y sus diversas concreciones en el ámbito de las sociedades mercantiles como meros objetivos político-criminales del legislador, que han servido de categoría sistemática de referencia³⁰⁶, de criterio sistematizador para agrupar determinadas figuras delictivas bajo un epígrafe común³⁰⁷. Frente a la consideración del orden económico y sus concreciones como bienes jurídicos penalmente protegidos, parece más correcto acudir a criterios que, sin detrimento de esos intereses últimos que se desean proteger, permitan la concreción de bienes jurídicos más próximos, susceptibles de ser lesionados o puestos en peligro de manera constatable. Con ello se evita también exasperar el elemento subjetivo del delito hasta límites intolerables³⁰⁸.

Como ya he señalado, los delitos societarios no tienen a mi juicio carácter pluriofensivo, con la única excepción de las falsas informaciones sociales, siendo o debiendo ser el patrimonio individual el único bien jurídico penalmente protegido.

Si atendemos a los intereses (que no bienes jurídicos en sentido técnico) supraindividuales o colectivos que subyacen al proceso de criminalización de los delitos societarios, y que ya hemos tenido ocasión de precisar, conviene hacer una puntualización: el peligro existe únicamente si es referido al

³⁰⁶Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: Los delitos económicos en el proyecto de Código penal. cit. pág. 718.

³⁰⁷Cfr. BAJO FERNANDEZ, M.: Marco constitucional del Derecho penal económico. "CLP" I, cit. pág. 254.

³⁰⁸Vid. TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág. 75. Esta exasperación del elemento subjetivo en los delitos societarios es manifiesta en Italia, donde la calificación de un tipo como de peligro presunto produce una inaceptable formalización del elemento subjetivo. Cfr. por ejemplo, MAZZACUVA, N.: Ratio di tutela e interesse protetto nel delitto di illecita assunzione di partecipazioni sociali. "Giur. comm." 1986 II, pág. 675.

bien jurídico patrimonio individual, mientras que si se toman en cuenta los aspectos supraindividuales, estos intereses son lesionados y no únicamente puestos en peligro por el delito³⁰⁹. Así, es en este sentido que observa MAZZACUVA, a propósito del delito de falsas informaciones sociales contenido en el artículo 2621 del Código civil italiano, que la falsificación de balances puede ser considerada como delito de peligro abstracto por quienes entienden que el objeto de tutela es el patrimonio individual, pero que es un delito de lesión si se considera que la conducta criminal lesiona efectivamente el interés colectivo en la exposición verdadera de la situación económica de la empresa³¹⁰. Algo semejante ocurre con el delito de estafa en la inversión de capital, contenido en el parágrafo 264 a StGB: quienes afirman que el bien jurídico protegido es el patrimonio individual lo consideran un delito de peligro abstracto³¹¹; quienes, por el contrario, creen que el bien jurídico es el correcto funcionamiento del mercado de capitales lo consideran un delito de lesión³¹².

Por lo que aquí interesa, una vez que ha sido determinado que el único bien jurídico protegido en los delitos societarios

³⁰⁹Vid. TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.36.

³¹⁰Cfr. MAZZACUVA: Bene giuridico e tecniche di tutela nel Diritto penale societario. cit. pág.210.

³¹¹Cfr. ACHENBACH, H.: Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. "NJW" 1986, pág.1839; CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.1 (pág.1941); GALLANDI: 264a StGB - Der Wirkung nach ein Mißgriff?. cit. pág.316; KNAUTH: Kapitalanlagebetrug und Börsendelikte im zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. cit. pág.28; LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.2 (pág.1109); SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 264 a, Rn.5.

³¹²Vid. una posición ambigua en DREHER/ TRÖNDLE: StGB und Nebengesetze. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.3 (pág.1333), quienes afirman que se tutela en primera línea la confianza del público en el mercado de capitales, pero que el precepto sirve igualmente a la protección de los intereses patrimoniales individuales de los inversores de capital.

ha de ser el patrimonio individual, es factible que algunos delitos societarios adopten la estructura de los tipos de peligro, sea concreto o abstracto³¹³. Por lo demás, este adelantamiento de la línea de punibilidad encuentra su justificación en la tutela de los intereses subyacentes a la tipificación de los delitos societarios, así como en el relevante papel que juegan las sociedades mercantiles en el tráfico económico actual.

Se han de incriminar conductas potencialmente lesivas del patrimonio, lo cual puede realizarse, como he señalado, a través de dos formulaciones legales distintas: la mera descripción típica de una conducta peligrosa, sin inclusión de elementos de aptitud, o los delitos de aptitud, en los que el propio tipo exige que la acción sea apta para causar un resultado.

Es conveniente la utilización de la técnica del peligro abstracto en el delito de falsas informaciones sociales. En Alemania se han vertido ciertas críticas en torno a esta opción del legislador a la hora de configurar la estafa en la inversión de capital, señalando un sector doctrinal que al prescindir del error, del acto de disposición patrimonial y del resultado se castigan únicamente los actos engañosos³¹⁴. Ahora bien, otros autores afirman la necesidad de crear tipos penales

³¹³Vid. en contra MENDEZ RODRIGUEZ: **Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación**, cit. pág.162, quien afirma que los delitos de peligro abstracto no tienen espacio en la protección de bienes jurídicos individuales respecto de los que es relativamente sencilla la determinación de un resultado peligroso. En sentido semejante, TERRADILLOS BASOCO: **Delitos de peligro y criminalidad económica**, cit. pág.78, quien sostiene que "si se ha identificado y definido un bien jurídico susceptible de lesión o puesta de peligro en concreto, recurrir a los tipos de peligro abstracto aparece como técnica recusable excesivamente próxima a la infracción formal".

³¹⁴Vid. WORMS: § 264a StGB -ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel?. cit. pág.245; TIEDEMANN: **GmbH-Strafrecht**, cit. pág.3.

de captación (*Auffgangtatbestände*) que abarquen comportamientos "que puedan consistir, por ejemplo, en meras actuaciones defraudatorias, en la medida en que ese tipo de actuaciones sean en sí mismas suficientemente merecedoras de pena"³¹⁵. El engaño ha de ser idóneo para inducir a error al hombre medio, esto es, creíble por los sujetos a los que puede ir dirigida la declaración documental falsa³¹⁶. El grado de idoneidad para determinar la relevancia típica que se exige al engaño debe fijarse con base en los criterios de la imputación objetiva³¹⁷: ha de tratarse de un engaño suficiente para crear un riesgo típicamente relevante de afección del bien jurídico penalmente protegido. Y es que no toda mentira constituye cumplimiento de este primer requisito de la falsedad, sino sólo aquellas que son objetivamente idóneas, ex ante consideradas, para inducir a error, debiendo efectuarse un juicio de probabilidad que dependerá fundamentalmente de que en un alto

³¹⁵TIEDEMANN: *Presente y futuro del Derecho penal económico*. cit. pág.40.

³¹⁶Cfr. CORDOBA RODA: *Comentarios al Código penal*. III. 1978, cit. págs.854 y siguiente, quien afirma que "es requisito propio de todas las falsedades en general y de las documentales en particular, la idoneidad de la falsificación producida para engañar a un individuo medio integrante de la comunidad social, titular del bien primeramente protegido por las referidas infracciones" (cursivas en el original). Vid. ampliamente GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.271 y siguientes; ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. págs.232 y siguiente. En Italia, por todos, MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.17.

Es muy significativa la remisión que la doctrina alemana realiza con respecto al concepto de engaño exigido en el parágrafo 267 StGB, que regula el delito de falsedad documental, a la definición del mismo término en el parágrafo 263 StGB, que sanciona el delito de estafa. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 267, Rn.86 (pág.2027); DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 267, Rn.30 (pág.1381).

³¹⁷Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.273. Vid. con respecto al delito de estafa, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.274^A y siguientes.

número de ocasiones tales mentiras inducirían a error al hombre medianamente prudente. No es preciso tampoco que el error se produzca efectivamente³¹⁸ puesto que, como ya ha manifestado un sector doctrinal respecto del delito de estafa³¹⁹, el error no es un elemento independiente del engaño³²⁰. En suma, no es conveniente requerir el error efectivo de los destinatarios de

³¹⁸El modelo específico que ofrece el parágrafo 264 a StGB no requiere el efectivo error de las víctimas. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.1 (pág.1941); DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.3 (pág.1333). Críticamente, vid. GALLANDI: *§ 264 a StGB- Der Wirkung nach ein Mißgriff?* "wistra" 1987, cit. pág.316. Lo mismo sucede con los delitos de falsas informaciones sociales previstos en la legislación mercantil (parágrafos 331 C.Co y 82 LSRL). Cfr. para el § 331 C.Co. SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: *GmbH-Gesetz*. 15. Aufl. 1988, Ahn § 82, Rn.16 y siguiente (pág.1277). Sobre el § 82 GmbHG, cfr. TIEDEMANN en SCHOLZ: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 82, Rn.13.

³¹⁹Vid. GOMEZ BENITEZ: *Función y contenido del error en el delito de estafa*. cit. pág.333. Vid. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.919, quien afirma que la estafa exige un error activo, que se da cuando se actúa bajo una falsa presuposición y se excluye por el conocimiento del carácter engañoso de la actuación del sujeto activo, pese a lo cual no rechaza de plano la tesis que hemos apuntado: "al contrario, configurado el error en los términos arriba expuestos, la discrepancia respecto a la posición de este autor (Gómez Benítez) apenas rebasa el plano de la terminología".

³²⁰La concepción mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas vincula la falsedad a las conductas que implican la ejecución de artificios y tretas con el objetivo de engañar a terceros de buena fe, deduciendo la provocación del error como propósito intrínseco a la mutación de la verdad. Vid. SSTs 22 marzo 1985 (Ar. 1524), 20 abril 1987 (Ar. 2582), 1 marzo 1988 (Ar. 1512), 19 abril 1989 (Ar. 3417), entre otras. Cfr. también DIAZ PALOS, F.: *El delito de falsedad documental*. "RJC" 1962, pág.87. No obstante, el legislador omite en el actual Código penal toda referencia al engaño como elemento de la estructura del delito de falsedad documental, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el delito común de falsedades documentales regulado en el StGB alemán, en el que se hace expresa referencia a la "intención de engañar en el tráfico jurídico", como finalidad que ha de presidir las acciones típicas. Vid. ampliamente GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.269, nota núm.180, y págs.360 y siguientes.

la información, puesto que "ello equivaldría a la impunidad en todos los casos en los que estos conocieran, de hecho, la situación real"³²¹.

Una vez que hemos determinado que el bien jurídico en sentido técnico protegido por el tipo societario de falsedad en las informaciones sociales es, conjuntamente con la funcionalidad del documento, el patrimonio individual³²², se ha de utilizar respecto a éste la técnica del peligro abstracto³²³, teniendo en cuenta que el precepto es de lesión con respecto al bien jurídico funcionalidad del documento.

Exigir en el delito de falsas informaciones sociales la causación de un perjuicio efectivo en los patrimonios de las víctimas sería contraproducente³²⁴, por las dificultades que

³²¹TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.75 y 80.

³²²Vid. *supra*.

³²³Como postulan, entre otros, STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.67, alegando la necesidad de evitar la superposición con el delito de estafa; KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. págs.208 y siguiente, quien pone como ejemplo la regulación alemana de la falsificación de balance y alega razones de practicabilidad del precepto; y TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. págs.242 y siguiente. Implícitamente, vid. también TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.856. En contra, vid., entre otros, GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*. cit. pág.480, aun reconociendo que en caso de exigirse la constatación del perjuicio entraría en juego el tipo de estafa; y SERRANO GOMEZ: *Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas*. cit. marginal 397.

³²⁴En el Derecho comparado es dominante la tendencia a crear tipos societarios de falsas informaciones sociales que no exigen para su consumación la causación de un perjuicio patrimonial o de cualquier otra naturaleza. Vid. por ejemplo, en Italia, los artículos 2621 C.c., 14 del DPR n.136, de 31 marzo 1975; en Francia, los artículos 423, 433, 437 y 439 de la Ley de sociedades de 1966; en Alemania, los parágrafos 188, 197 y 198 del Proyecto Alternativo, y en el Derecho vigente, los parágrafos 264 a StGB, 331 HGB y 82 GmbHG.

ofrecen tanto la prueba de la relación de causalidad como la de imputación objetiva entre la falsificación del balance u otros documentos y el daño patrimonial³²⁵, a lo que se añade la necesidad de no producir solapamientos con respecto a delitos patrimoniales clásicos, como la estafa.

En referencia específica al delito de falsas informaciones sociales propone TERRADILLOS BASOCO la creación de un delito de aptitud, al exigir en la labor de tipificación "el ingrediente de peligrosidad necesario para evitar una criminalización que responda sólo a criterios formales", proponiendo como ejemplo los artículos 2622 y 2628 del Código civil italiano³²⁶. Como señala el mismo autor, "ello veta al

En cualquier caso, de exigirse para la consumación del delito la causación de un perjuicio para el sujeto pasivo, no cabe duda de la necesidad de mantener que éste debe ser siempre de naturaleza económica. Así, vid. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.185.

³²⁵Cfr. GONZALEZ RUS: Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992. cit. pág.182. Vid. también KAISER: La lucha contra la criminalidad económica. cit. pág.208; MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.352, nota núm.204; TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.856. No comparto la tesis de quienes rechazan la aplicación de los criterios de la imputación objetiva en el ámbito del tipo de los delitos de acción dolosos, como GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN: Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. cit. págs.43 y siguiente. Vid. MARTINEZ ESCAMILLA: La imputación objetiva del resultado. cit. págs.48 y siguiente.

³²⁶El primero incrimina la divulgación o utilización por parte de administradores, directores generales, síndicos y liquidadores, de noticias sociales reservadas, "si del hecho puede derivarse un perjuicio para la sociedad". El segundo sanciona la divulgación de noticias falsas y la utilización de otros medios fraudulentos "aptos para producir" un aumento o una disminución del valor de las acciones de la sociedad. Ahora bien, si el primer delito es sin lugar a dudas un delito de aptitud, la capacidad "para producir... un aumento o una disminución del valor de las acciones de la sociedad o de otros títulos a ella pertenecientes" no alude a una idoneidad para lesionar o poner en peligro concreto el bien jurídico protegido por el delito de maniobras fraudulentas sobre títulos de la sociedad, sino que se limita a precisar el grado de peligrosidad relevante. Sobre las dificultades que plantea la determinación de su significado en

legislador el recurso a tipos de contenido meramente formal, que elevan a la categoría de delito cualquier tipo de irregularidad, y, simultáneamente, le obliga a intervenir, aunque el ataque patrimonial no se haya consumado, transformándose, en la práctica, en irreparable"³²⁷.

Los delitos de aptitud son delitos de peligro abstracto en los que se prevé una restricción típica, caracterizados por la descripción de una conducta abstractamente peligrosa a la que se añade la aptitud para causar un perjuicio³²⁸. Por cuanto se refiere al delito societario de falsas informaciones sociales, debe exigirse cuando menos la potencial lesividad de las informaciones inveraces para el bien jurídico patrimonio³²⁹.

Se debe afirmar la conveniencia de crear en nuestro Ordenamiento un delito societario de estafa en la inversión de capital, siguiendo el modelo ofrecido por el parágrafo 264 a StGB alemán en cuanto a la utilización de la técnica del peligro abstracto para el patrimonio, teniendo además en cuenta que en este parágrafo se delimita la peligrosidad de la acción al exigirse que las informaciones falsas hagan referencia "a circunstancias relevantes para decidir acerca de su adquisición

la doctrina italiana, vid. por todos SAMORI en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. 1992, cit. págs.282 y siguiente.

³²⁷TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.70.

³²⁸Cfr. FISCHER: *Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB)*. cit. pág.448.

³²⁹Como señala MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.17, la falsedad merecedora de sanción penal debe ser no sólo relevante, en el sentido de que los datos o hechos falseados u ocultados deben ser significativos, atinentes a la información necesaria para que los sujetos tutelados pudieran salvaguardar sus intereses, sino también insidiosa, entendiendo este adjetivo como la exigencia de que la falsedad goce de aptitud para engañar en un plano objetivo.

o ampliación"³³⁰.

Por su parte, la utilización de la técnica del peligro concreto es adecuada en el delito de administración social fraudulenta³³¹. La doctrina española, en referencia a anteriores proyectos, puso de manifiesto que construir este delito como tipo de lesión podía llevar en no pocos casos a una superposición con los delitos patrimoniales clásicos, y en especial con la apropiación indebida y la estafa³³².

En efecto, una de las cuestiones centrales de la tipificación de la administración social fraudulenta es la necesidad de que la intervención penal se proyecte no solamente sobre las acciones que causen un daño efectivo al bien jurídico tutelado, sino también sobre las hipótesis en las que concurra

³³⁰Sobre este elemento típico, vid. ampliamente CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.30 y siguientes (págs.1046 y siguientes); DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.10 (págs.1335), con otras referencias doctrinales; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.13 (pág.1112); TIEDEMANN: *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*. cit. págs.865 y 873. JOECKS: cit. pág.145, afirma que la inclusión de este elemento típico convierte al parágrafo 264 a en un delito de peligro potencial, expresión con la que parte de la doctrina alemana designa a los delitos de aptitud. Vid. por ejemplo FISCHER: *Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB)*. cit. págs.446 y siguiente.

³³¹En este sentido se ha manifestado la doctrina mayoritaria. Vid. por todos MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.334; PEDRAZZI: *El bien jurídico en los delitos socio-económicos*. cit. págs.295 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.95.

³³²Vid. GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*. cit. pág.477; MUÑOZ CONDE: *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP*. cit. pág.119; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. págs.860 y siguiente.

ya un peligro concreto para el mismo³³³. La anticipación de la tutela penal permitiría evitar en gran medida, como hemos tenido ocasión de comprobar, la ineficacia crónica de los instrumentos represivos de la delincuencia societaria.

Y es que no siempre se materializará el perjuicio requerido por el tipo de la apropiación indebida en conductas como la de contraer obligaciones a cargo de los bienes, valores o capital administrados, sin olvidar que "en el ámbito financiero la complejidad de las relaciones y de las situaciones puede hacer extremadamente difícil la demostración de un daño efectivo"³³⁴.

Un resultado de peligro concreto también puede servir para delimitar el tipo legal, facilitando su aplicación³³⁵. Y una

³³³Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.315 y siguientes; MUÑOZ CONDE: La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP. cit. pág.119, nota núm.23; STAMPA/BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. págs.63 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. págs.860 y siguiente; del mismo autor: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.103. Sobre los problemas que origina la opción de la legislación penal societaria italiana por el "pericolo presunto" en la tipificación de los delitos societarios destinados a la tutela del patrimonio social, vid. NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. pág.14, y bibliografía mencionada en la nota núm.43. En cuanto a la exigencia de que en el delito de Untreue la puesta en peligro del patrimonio tenga un carácter concreto, vid. por todos LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (pág.1129).

³³⁴PEDRAZZI: El bien jurídico en los delitos socio-económicos. cit. págs.295 y siguiente.

³³⁵Cfr. NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. pág.14; PEDRAZZI: El bien jurídico en los delitos socio-económicos. cit. págs.295 y siguiente. Vid. también MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.334; SERRANO BUTRAGUEÑO: Los delitos societarios en el anteproyecto del nuevo Código Penal. cit. pág.2. Efectivamente, con esta solución se evitan las dificultades de prueba de la relación de imputación objetiva entre los comportamientos tipificados y el perjuicio causado. Cfr. MOLINA BLAZQUEZ: Los delitos socio-económicos en el proyecto de Código Penal de 1992. cit. marginal 262. Vid. también KAISER: La lucha contra la criminalidad económica. cit.

cuidadosa delimitación es tanto más necesaria cuanto que el ámbito abarcado por el peligro concreto es superior al de los delitos de lesión, y no sólo con respecto al tipo objetivo de ambas categorías delictivas, sino también con respecto al tipo subjetivo³³⁶. Por esta razón, la doctrina propone compensar esta anticipación de la línea de intervención penal por otros medios, aludiendo a fórmulas similares a las utilizadas por el Proyecto Alternativo alemán (disponer de bienes o contraer obligaciones "en considerable medida"), con el fin de sancionar penalmente sólo las conductas de administración desleal que impliquen un peligro relevante para el bien jurídico, o reduciendo a las sociedades destinadas a la inversión de capital la aplicación de este precepto³³⁷.

pág.208.

Se trata también de evitar el riesgo, inherente al abuso de tipos de peligro abstracto, de alejar a los delitos societarios de los principios de lesividad y certeza. Cfr. FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. pág.468. Se debe tener en cuenta, asimismo, la resistencia judicial a aplicar los delitos económicos de peligro abstracto, al considerarlos simples irregularidades en las operaciones económicas. Cfr. BATISTA: *Rapport*. "RIntDP" núms.1-2, 1983, pág.52.

No es ésta la orientación seguida por el delito de *Untreue*, que se construye como un delito de resultado material lesivo, toda vez que para su consumación el tipo exige que a través de cualquiera de las dos modalidades de conducta se cause un efectivo perjuicio para los intereses patrimoniales confiados al sujeto activo. Vid. por todos HÜBNER: *StGB. LK*. 1988, cit. § 266, Rn.90; MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1*. 1988, cit. pág.505, Rn.38. En contra, por todos, vid. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (págs.1129 y siguiente).

³³⁶Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos de peligro y criminalidad económica*. cit. pág.34. Afirma PEDRAZZI: *Rapport*. cit. pág.431, que la formalización del elemento material de la infracción corre el riesgo de implicar el empobrecimiento del elemento subjetivo que es el reflejo psicológico de aquél. Ante este riesgo, la doctrina alemana mayoritaria ha reaccionado exigiendo una mayor severidad del tipo subjetivo en los casos de puesta en peligro del patrimonio. Cfr. por todos MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT. 1*. 1988, cit. pág.508, Rn.49.

³³⁷Cfr. sobre ambas propuestas MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.335.

Con la creación de un delito societario de administración fraudulenta de peligro concreto no se trata únicamente de satisfacer intereses probatorios o de inventar arbitrariamente bienes jurídicos inexistentes, sino de colmar necesidades reales de tutela, en las que el auténtico desafío, como bien señala TERRADILLOS BASOCO³³⁸, "radica en llegar a la tipificación de formas de peligro en las que la mera creación de éste aparezca como merecedora de pena susceptible de imposición sin violar los principios que disciplinan el ejercicio del *ius puniendi* en el Estado de Derecho". Limitar la punición en el delito societario de administración fraudulenta a los casos de lesión sería incidir, en mayor o menor medida, en ámbitos ya cubiertos por los delitos tradicionales contra el patrimonio³³⁹, al mismo tiempo que se paga el precio de la practicabilidad del precepto³⁴⁰.

³³⁸TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.51. Vid. también FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. págs.469 y 471; ROMANO, M.: *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*. Milano, 1967, págs.123 y siguiente.

³³⁹TERRADILLOS BASOCO: Delitos de peligro y criminalidad económica. cit. pág.103. También el artículo 183 del P.A. se configuraba como un tipo de peligro; este adelantamiento de la línea de punibilidad se justificaba en la idea de orientar el precepto a la tutela de los intereses del público que desea invertir su capital en la adquisición de participaciones sociales y, a través de aquélla, en la protección del orden económico general. Cfr. LAMPE/ LENCKNER/ STREE/ TIEDEMANN/ WEBER: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Wirtschaft*. cit. Vorbem. vor 179. pág.47, y § 183, pág.61. Vid. también WEBER, U.: *Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts*. Fests. für Dreher, 1977, pág.569.

³⁴⁰Cfr. KAISER: La criminalidad económica y la forma de combatirla. en BARBERO SANTOS (ed.): La reforma penal: Delitos socio-económicos. cit. págs.208 y siguiente. En Italia se afirma mayoritariamente que el acentuar la exigencia primaria de eficacia de la tutela penal conduce inevitablemente a privilegiar modelos de incriminación contruidos prevalentemente según el esquema del peligro abstracto o presunto. Cfr. por todos FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. pág.468; PEDRAZZI, C.: *Problemi di tecnica legislativa*. en PEDRAZZI: *Comportamenti economici e legislazione penale*. cit. págs.32 y siguientes.

La técnica de criminalización utilizada en los diversos Ordenamientos europeos oscila entre dos polos: configurar el delito como un tipo de lesión o como un tipo de peligro, sea éste abstracto o concreto. En efecto, si por un lado se señala que la inaplicación crónica de esta figura delictiva se debe principalmente a la excesiva cautela del legislador a la hora de adoptar técnicas de tutela avanzada del patrimonio³⁴¹, por otro, parte de la doctrina exige que la intervención represiva no se anticipe en exceso a la efectiva verificación del resultado dañoso. Con esta división de opiniones se pone de manifiesto la difundida creencia acerca de la extrema dificultad de conjugar un riguroso respeto del principio de ofensividad con el logro de resultados en la lucha contra formas de criminalidad particularmente sofisticadas, como las que aparecen en el ámbito de las sociedades mercantiles. Ahora bien, pese a las reservas doctrinales se observa en la mayoría de los Ordenamientos una tendencia a privilegiar los modelos de incriminación basados en el peligro, con el fin de satisfacer la exigencia primaria de eficacia de la tutela penal³⁴².

³⁴¹Cfr. LOT/ SENA: *Premessa di diritto privato*. En AA.VV.: *Il diritto penale delle società commerciali*. cit. pág.9.

³⁴²Cfr. FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>*. cit. pág.468; del mismo autor: *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniali degli amministratori*. I. cit. pág.89.

7. 6. EL TIPO DE INJUSTO.

7. 6. 1. EL SUJETO ACTIVO.

7. 6. 1. 1. Determinaciones previas....

"La Ley describe el delito mediante una proposición cuyo sujeto es el sujeto activo de aquél"³⁴³. El concepto de sujeto activo no se identifica con el de autor, si bien constituye la base objetiva de éste³⁴⁴. En efecto, el sujeto activo, como elemento del hecho típico, circunscribe el ámbito de los posibles autores, de manera que no pueden ser autores de la correspondiente figura de delito quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto activo en el texto legal³⁴⁵. En consecuencia, las características que debe reunir el sujeto activo son también características que reunirá el autor, lo cual justifica que el estudio del concepto de sujeto activo que ofrece la formulación del tipo se efectúe con carácter previo a la determinación de qué personas realizan concretamente el injusto típico como propio, esto es, quiénes son autores del mismo.

Sujetos activos de los delitos especiales son siempre los "administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil". Esta unidad en la descripción de los sujetos activos de los diferentes tipos justifica su análisis en un apartado dedicado a las cuestiones comunes. Al hilo del estudio de los tipos en particular efectuaré las puntualizaciones que sean pertinentes.

³⁴³COBO/ VIVES: Derecho penal. Parte General. 1991, cit. pág.275.

³⁴⁴Cfr. GOMEZ BENITEZ, J. M.: Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general. Madrid, 1984, pág.109.

³⁴⁵Cfr. COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.275.

La configuración de los delitos societarios como delitos especiales sigue la tónica general de las legislaciones de nuestro entorno; sin embargo, los antecedentes españoles oscilan a la hora de configurar los delitos que nos ocupan como comunes o especiales³⁴⁶.

Esta decisión a favor la creación de tipos societarios

³⁴⁶Ya hemos visto que el artículo 734 del Código penal de 1928 consideraba sujeto activo al "miembro de un Consejo de Administración o de un órgano de intervención o vigilancia de una Sociedad anónima, o el Director, Gerente o Liquidador de una de estas Sociedades". El ámbito de los sujetos activos se amplía por razón del cargo, ya que no incluye únicamente a los administradores, pero es más restringido por razón del ámbito de dominio social en el que desarrollan sus funciones, puesto que sólo puede ser la SA.

El PCP de 1980, en los artículos 364 (que se refería a "los administradores o directores") y 368 (que hacía alusión a "los administradores"), introducía dos categorías de sujetos activos, administradores y directores. Ello estaba de acuerdo con el Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas, en el cual aparecía junto a la figura del administrador una nueva figura en nuestro Ordenamiento, como era la del director general. La dirección podía ser unipersonal o colegiada, y sus funciones se recogían con gran precisión. Sin embargo, la doctrina echaba de menos otro órgano de importancia en el anteproyecto de la ley de sociedades anónimas, como era el Consejo de vigilancia, de raigambre germánica. Tanto los directores como el Consejo de vigilancia desaparecieron del texto que se convirtió en el actual LSA de 1989.

En la PANCP de 1983 los artículos 294 y 297 señalaban como sujetos activos a "los administradores o directores", recogiendo el artículo 297. 2 una agravación en caso de que "los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas". Esta limitación de los sujetos activos fue criticada por BACIGALUPO ZAPATER: *Notas sobre la PANCP*. cit. pág.74, quien solicitó una ampliación que alcanzara también a las "personas que en ejercicio de la representación social o como comerciantes individuales" realicen las conductas especificadas en los referidos artículos. Como ya se señaló, la terminología de "director" es ajena a la tradición mercantil española, si bien parece que con ella se pretendía abarcar la realización de la conducta típica por quienes ocupan cargos en cuyo ámbito operativo se incluye la posibilidad de hacerlo. Vid. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.854.

Ya en el Anteproyecto y el PCP de 1992 se optó por configurar como sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho de la sociedad mercantil, reiterándose tal expresión en el Anteproyecto y en el PCP de 1994.

especiales obliga a indagar en torno a la fundamentación de la categoría. Y ello puesto que la elección del pre-legislador no es meramente discrecional, sino que encuentra su justificación en la naturaleza del bien jurídico penalmente protegido y de los intereses subyacentes a la regulación legal³⁴⁷, ya que se ha acotado el círculo de posibles sujetos activos "en atención, no a la cualidad de la persona o, al menos, no en primer término, sino que normalmente sólo esas personas tienen a su alcance el bien jurídico protegido y sólo ellas pueden por tanto protegerlo o agredirlo"³⁴⁸. El pre-legislador describe en estos casos como autores idóneos del delito especial a "sujetos que desde posiciones o status diferentes están, sin embargo, en idéntica relación material con el bien jurídico"³⁴⁹.

Como pone de relieve GRACIA MARTIN³⁵⁰, el bien jurídico protegido en los delitos especiales "se encuentra con respecto a los miembros de la comunidad social en una posición diferente a la de los bienes jurídicos de los tipos de los delitos comunes... (estos bienes jurídicos) no se encuentran en el espacio social abierto a todos, pues únicamente pueden desempeñar su concreta y específica función social dentro de determinadas, limitadas y, por ello, <<cerradas>> estructuras sociales. Estas estructuras sociales... son <<cerradas>> porque están generalmente al servicio de la realización de funciones sociales muy específicas y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, los bienes jurídicos integrados en tales estructuras se encuentran involucrados permanentemente en el ejercicio de la función. De manera que este ejercicio está

³⁴⁷Cfr. CONTI, L.: I soggetti. en DI AMATO: Trattato di diritto penale dell'impresa. cit. pág.157.

³⁴⁸GRACIA MARTIN, L.: El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I. Teoría general. Zaragoza, 1985, pág.127.

³⁴⁹GRACIA MARTIN, L.: Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. "AP" 1993-1, pág.27.

³⁵⁰GRACIA MARTIN: Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. cit. pág.229.

permanentemente afectando al bien jurídico implicado en la función. Si el ejercicio de la función se lleva a cabo de un modo correcto el bien jurídico cumplirá la función social a la que está destinado. Un ejercicio incorrecto de la función, es decir, desviado de los fines a los que sirve, dará lugar a la frustración del cumplimiento de la función del bien jurídico conforme a las expectativas sociales y, con ello, a la lesión o peligro de éste. Dando un paso más en este análisis se llega a detectar que la competencia para el ejercicio de estas funciones específicas en el que se hallan involucrados determinados bienes jurídicos está atribuida sólo a determinadas clases de sujetos, de modo que, en principio, no cualquier miembro de la comunidad social puede participar en aquél ejercicio". De esta forma, el fundamento material de los elementos de la autoría de los delitos especiales radica, como sigue señalando el mismo autor, "en el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función. A esta relación la denomino relación de dominio social".

La relación de dominio social constituye, además del fundamento material de los elementos de la autoría en los delitos especiales, el fundamento material de las posiciones de garante, de forma tal que los delitos especiales de dominio social son, asimismo, delitos especiales de garante.

De lo dicho se deriva también que lo decisivo para el delito especial no será el status formal con el que el legislador describe al sujeto activo del delito, sino la relación material de dominio social típico en virtud de la competencia para el ejercicio de una función. Las consecuencias que de esta posición se derivan se podrán observar claramente a la hora de definir quiénes pueden ser considerados administradores de hecho.

Las nociones de "administrador" y "sociedad mercantil" constituyen elementos normativos del tipo de injusto cuyo significado ha de buscarse al menos inicialmente en la legislación mercantil. Ahora bien, en esta búsqueda tendré en cuenta las conclusiones a que he llegado en cuanto al tema de la autonomía del Derecho penal: el Derecho penal goza de autonomía respecto al Derecho mercantil, de forma que incluso las nociones técnicas procedentes de este sector del Ordenamiento jurídico experimentan una transformación al entrar en contacto con el Derecho penal. La autonomía a la que me estoy refiriendo se manifiesta ya en el concepto mismo de sociedad mercantil³⁵¹.

7. 6. 1. 2. El concepto de sociedad mercantil.

La noción de "sociedad mercantil" presenta unos perfiles notablemente nítidos en el Derecho mercantil, de forma que no supone excesivos problemas precisar el núcleo conceptual a que se refiere el pre-legislador al utilizar dicha expresión, aunque sí puede presentarse alguna duda en supuestos marginales, como veremos posteriormente.

No es posible ni conveniente realizar aquí un estudio completo y en profundidad de todas las tipologías de sociedades mercantiles. Por ello me limitaré a examinar algunos grupos generales en los que generalmente tendrán cabida la mayor parte de los fenómenos delictivos societarios.

El Código de Comercio siempre ha regulado un sistema abierto de sociedades mercantiles. Las características generales de los

³⁵¹Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. cit. pág.684³.

distintos tipos sociales que recoge actualmente el artículo 122³⁵² de dicho cuerpo legal son las siguientes:

a) La *sociedad colectiva* tiene carácter esencialmente personalista. Todos sus miembros responden frente a terceros de forma personal, solidaria y subsidiaria, con todos sus bienes, de las resultas de la gestión social. Está formada por un número de socios relativamente pequeño. La importancia de su régimen viene, sobre todo, de la necesidad de su aplicación subsidiaria a la Asociación de Interés Económico, según la Ley 12/ 1991; también se aplica, por analogía a una serie de situaciones societarias atípicas, con carácter supletorio a los pactos estipulados entre las partes, así como a las sociedades mercantiles irregulares por mandato expreso del artículo 16 LSA.

b) La *sociedad en comandita o comanditaria* es el segundo tipo de sociedad personalista, formada por dos clases de socios: los colectivos, que responden de forma subsidiaria a la sociedad con todo su patrimonio, y los comanditarios, que sólo responden de las pérdidas y de las deudas sociales hasta la concurrencia de sus respectivas aportaciones (responsabilidad limitada).

c) La *sociedad comanditaria por acciones* se caracteriza, frente a la comanditaria simple, porque su capital está dividido en acciones.

d) La *sociedad anónima* es el prototipo de la sociedad capitalista, en la que lo que interesa no es la persona del socio, sino su participación patrimonial en la sociedad. La responsabilidad de los socios es limitada a la cuantía de su aportación. Se caracteriza por tener todo su capital dividido

³⁵²Artículo 122 C.Co.: "Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: 1. La regular colectiva. 2. La comanditaria simple o por acciones. 3. La anónima. 4. La de responsabilidad limitada."

en acciones.

De todas las formas sociales mercantiles ninguna otra alcanza la importancia de la sociedad anónima³⁵³. Sus características técnicas, fundamentalmente la división del capital en acciones esencialmente negociables y la limitación individual del riesgo al capital representado por las acciones, "han convertido a la sociedad anónima en el instrumento jurídico preferido para desarrollar las empresas más audaces y más costosas, y en el más apto para conseguir la contribución del ahorro privado popular al desarrollo de la producción en general"³⁵⁴.

La extensión de la sociedad anónima también ha sido propiciada por constituir una de las formas jurídicas de la empresa pública, junto con los servicios descentralizados y los Organismos autónomos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, la gestión directa con o sin órgano especial y la Fundación pública de servicio³⁵⁵. Por lo demás, conviene tener en cuenta que el régimen jurídico de las empresas públicas es consecuencia directa de la forma, pública o privada, que adoptan.

La intervención del Estado y de otros entes públicos en el campo de la producción de bienes y servicios es uno de los aspectos que caracterizan más significativamente la realidad económica actual. Desde la perspectiva del Derecho penal

³⁵³La Comisión de la CEE, desde el comienzo de sus trabajos de armonización, declara que dirige inicialmente sus esfuerzos hacia las sociedades anónimas porque "esta forma de sociedad es la más importante en el plano económico y la más elaborada en el plano jurídico". Cfr. ESTEBAN VELASCO, G.: *La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario* (El proyecto modificado de quinta Directiva). en GARCIA DE ENTERRIA y otros: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Vol. III. cit. pág.120.

³⁵⁴URIA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.231.

³⁵⁵Vid. sobre estas categorías, ampliamente, ALONSO UREBA: *La empresa pública*. cit. *passim*.

interesa la determinación de las normas aplicables a la empresa pública que adopta la forma de sociedad mercantil, puesto que cabe preguntarse si son de aplicación las destinadas a la empresa privada o bien si deben tenerse en consideración las previstas para la Administración pública. Para responder a esta cuestión debemos distinguir las diversas formas en que se manifiesta la intervención pública en la producción de bienes y servicios.

La sociedad mercantil (y en especial la anónima) constituye sólo una de las formas jurídicas de la empresa pública³⁵⁶, si bien la tendencia que actualmente caracteriza al sector público parece apuntar de modo decidido por la sociedad mercantil como forma organizativa de la empresa pública³⁵⁷. Es, por otro lado, y en atención a la dicción legal ("administradores de hecho o de derecho de sociedades mercantiles"), la única que nos interesa analizar con el fin de clarificar si los administradores de estas sociedades pueden considerarse o no sujetos activos de los delitos societarios especiales.

Ahora bien, con carácter previo se ha de señalar que la participación de capital público en estas sociedades de economía mixta o capital completamente público no las priva de su carácter mercantil, ni las convierte necesariamente en organismos para-estatales, ni tampoco las sustrae a las normas de Derecho mercantil que regulan la forma social adoptada³⁵⁸.

³⁵⁶Cfr. ALONSO UREBA: *La empresa pública*. cit. Vid. también MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Derecho Administrativo Económico*. I. Madrid, 1988, págs. 215 y siguientes.

³⁵⁷Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho Administrativo Económico*. I. cit. pág. 260. Como señala MADRID PARRA en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): *Derecho Mercantil*. I. 1992, cit. pág. 424, ello se debe a que el entramado jurídico al que está sometida la Administración no le permite desarrollar adecuadamente una actividad empresarial; de ahí que se acuda a las instituciones de Derecho privado para que, a través de ellas, los poderes públicos desarrollen una determinada actividad económica como empresario.

³⁵⁸El tema ha sido objeto de amplios debates por parte de la doctrina mercantilista. El punto de partida de la posición que niega la mercantilidad de la empresa pública está, en primer

Se trata, pues, de sociedades mercantiles³⁵⁹. De esta forma, y como veremos posteriormente, los sujetos cualificados que actúan en el ámbito de una sociedad mercantil de participación pública pueden adoptar posiciones coincidentes con aquellas que describen los elementos objetivos de la autoría de los delitos societarios. El funcionario o funcionarios encargados de la administración podrán realizar delitos en el ejercicio de su cargo que no tienen nada que ver con los delitos de funcionarios.

El sistema actual de las sociedades mercantiles de capital

lugar, en la consideración del ánimo de lucro como caracterizador del ejercicio mismo de toda actividad mercantil. En la misma dirección, y en segundo lugar, se señala que el artículo 1 C.Co., además de los comerciantes de carácter individual, sólo menciona como tales las sociedades mercantiles. Todas las empresas públicas que adoptan forma de personificaciones jurídico-públicas carecerían, pues, de tal condición. Este planteamiento, vigente hasta casi los años cincuenta, comienza a ser objeto de revisión al considerarse que cabe también el ejercicio de una actividad económica en forma de empresa con fines distintos al de lucro. Vid. por ejemplo MADRID PARRA en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): **Derecho Mercantil. I.** 1992, cit. pág.425. Esta solución ha sido acogida también en el Derecho comunitario. Así, la Convención sobre reconocimiento recíproco de sociedades y personas jurídicas, de 28 de febrero de 1968, asimila las sociedades civiles y mercantiles, incluida la sociedad cooperativa, a las personas jurídicas de Derecho público o privado que, a título principal o accesorio, tengan "por objeto una actividad económica desarrollada normalmente bajo remuneración" (artículos 1 y 2). Vid. ampliamente MARTIN-RETORTILLO BAQUER: **Derecho Administrativo Económico. I.** cit. págs.232 y siguientes.

³⁵⁹En la conocida clasificación que de ellas formuló VILLAR PALASI se distinguen: las sociedades con accionariado público excluyente; sociedades con accionariado público y privado concurrente, diferenciadas a su vez según la participación del primero sea mayoritaria, igualitaria o minoritaria; y sociedades con participación pública indirecta, en cuanto son filiales de otras de carácter público. El mismo autor señaló la necesidad de diferenciar los supuestos del llamado accionariado gestor, en los que por razones de interés general se promueve el desarrollo de una determinada actividad económica, de aquellos otros constitutivos del tradicionalmente llamado accionariado fiscal, en los que, sin eludir la finalidad citada, lo que está presente de forma principal es la obtención de rentas o beneficios por parte del sector público.

público es el siguiente³⁶⁰:

a) La Ley General Presupuestaria, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/ 1988, de 23 de septiembre, regula en el artículo 6. 1 a) las denominadas "Sociedades Estatales", en realidad sociedades anónimas, cuyo capital es propiedad directa del Estado y sirven de instrumento de organización de organismos públicos cada vez más numerosos. El régimen jurídico aplicable en el caso de las sociedades anónimas estatales será el de la LSA, sólo afectado por lo dispuesto en la LGP, que impone algunas obligaciones específicas en su artículo 87.

b) La Ley de 25 de septiembre de 1941, desarrollada por Reglamento de 22 de enero de 1942, regula el Instituto Nacional de Industria (INI)³⁶¹, titular de las acciones de propiedad pública de las llamadas "Empresas Nacionales", constituidas en forma de sociedad anónima, generalmente de carácter mixto. Estas Empresas Nacionales, que se definen en el artículo 4 LEEA³⁶², han de constituirse como sociedades anónimas de fundación simultánea, la participación en su capital del Estado o sus organismos autónomos debe ser en principio mayoritaria (artículo 92), se rigen por las normas del Derecho mercantil (artículo 91) y quedan sometidas a ciertos controles financieros (artículo 93). La propia Exposición de Motivos de la LEEA justifica la elección de la forma jurídica de sociedad anónima en los siguientes términos: "aun siendo creaciones

³⁶⁰Sigo fielmente la exposición de VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 2º.** 1991, cit. págs.1007 y siguientes. Vid. más ampliamente MADRID PARRA en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): **Derecho Mercantil. I.** 1992, cit. págs.422 y siguientes.

³⁶¹Según el artículo 7. 1 del Reglamento, "la actuación del Instituto se desenvolverá bajo las normas generales y por los métodos de las sociedades anónimas privadas".

³⁶²Artículo 4 LEEA: "Las Empresas nacionales son aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas".

directas o indirectas del Estado, tales empresas, con actuación inmediata frente al mercado, requieren una libertad de movimiento difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo, por lo que la ley, y en esto responde tanto a la actual realidad española como al ejemplo de otros países, las somete a un régimen de Derecho privado, salvo las escasas peculiaridades recogidas en dicho título tercero".

c) La Ley 3/ 1980, de 10 de enero, de Estatuto de la radio y de la televisión, regula el Ente Público de Radio y Televisión Española, con sus sociedades anónimas filiales, RNE S.A., Radio Cadena Española S.A. y TVE S.A. (artículo 17), con fuerte centralización³⁶³. La ley 46/ 1983, de 26 de diciembre, regula el Tercer Canal de Televisión de titularidad estatal para otorgarlo en régimen de concesión a las Comunidades Autónomas que lo soliciten. La gestión mercantil de este Tercer Canal se confía a una sociedad anónima con capital íntegramente público suscrito por la Comunidad Autónoma.

d) Las Sociedades de Desarrollo Regional se constituyen en forma de sociedad anónima de capital público por las Comunidades Autónomas. Se crean mediante Decreto del correspondiente Gobierno autonómico, que se reserva la designación de sus administradores.

e) Las Sociedades Anónimas Municipalizadas (SAM)

³⁶³Pertenece al Ente Público RTVE, por expresa prescripción legal (artículo 18), la totalidad del capital de las referidas sociedades mercantiles, que deben regirse por las normas de Derecho privado salvo en las materias en las que sea de aplicación la LGP (artículo 6. 1. a) LGP) y las excepciones que prevé el propio Estatuto, que son bastantes: régimen general de la Contabilidad pública, inclusión de las suyas en la Cuenta general del Estado, enjuiciamiento de su gestión por la Intervención y por el Tribunal de Cuentas, indisponibilidad absoluta de las acciones, etc. Vid. ampliamente MARTIN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho Administrativo Económico*. I. cit. págs.292 y siguientes.

aparecen concebidas como forma de gestión directa de servicios municipales en el artículo 103 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TR), aprobado por Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986³⁶⁴. La Corporación en Pleno desempeña en ellas las funciones o competencia de la Junta general, aplicándose por tanto las normas de aquélla. Por el contrario, deben respetarse las normas de la LSA sobre procedimiento de fundación, aportaciones, cuentas anuales, aplicación del resultado, modificaciones sociales, disolución y liquidación y sobre el Consejo de administración, que es la forma preceptiva de órgano de administración. Por su parte, el artículo 85 del RSCL especifica que "las corporaciones locales podrán realizar los servicios de su competencia dotándolas de personalidad jurídica pública", precepto que debe completarse con el artículo 89 del mismo Reglamento, que establece en su número primero que "la gestión directa de los servicios económicos podrá serlo en régimen de Empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada o de Sociedad Anónima, y se constituirá y actuará con sujeción a las normas legales que regulen dichas Compañías mercantiles, sin perjuicio de las adaptaciones previstas por este Reglamento".

Según el artículo 104. 1 del TR, para la gestión indirecta de los servicios las Entidades locales podrán utilizar las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social

³⁶⁴También es habitual la constitución de empresas mixtas que pueden adoptar la forma de sociedades mercantiles, anónimas, de responsabilidad limitada o de garantía recíproca, para la prestación de distintos servicios municipales, con capital de las Corporaciones locales y de los particulares. No rige en relación a ellas la regla de que la participación pública deba ser necesariamente mayoritaria (artículo 306 del Reglamento de Contratación del Estado), ni la exigencia preceptiva de la forma de SA (artículo 92 de la Ley de 26 de diciembre de 1958). En todo caso estas sociedades, aún con capital público minoritario, están sometidas al control y dirección de la Corporación local correspondiente, que lo ejerce a través de un complejo mecanismo de intervención de los acuerdos tomados por los órganos sociales.

sólo parcialmente pertenezca a la entidad. En el acuerdo constitutivo pueden establecerse las especialidades internas tanto estructurales como funcionales que, sin perjuicio de terceros, exceptúen la legislación societaria aplicable en la medida necesaria para promover y desarrollar la empresa mixta de carácter mercantil o cooperativo.

Ahora bien, las anomalías que supone la presencia pública en el régimen jurídico de la sociedad anónima, en especial en el caso de sociedades anónimas constituidas por un único fundador (ente de Derecho público), inducen a afirmar que estas entidades tan sólo formalmente son verdaderas sociedades anónimas, puesto que, en su mayor parte, la LSA les es inaplicable³⁶⁵. Son en definitiva sociedades anónimas *sui generis*, en las que se establecen frecuentes derogaciones al régimen capitalista de mayorías que en aquéllas predomina, sin duda por el temor de que éste pueda poner en peligro los fines que el Estado persigue con la instrumentalización de tales sociedades.

Como ha señalado TERRADILLOS BASOCO³⁶⁶, "la empresa pública, cuando adopta la forma de sociedad anónima, suscita multitud de cuestiones, para las que no existe respuesta pacífica en la doctrina mercantilista, y no puede haberla mientras se utilice, en la promoción de intereses públicos, una forma jurídica nacida y configurada por la finalidad de obtención del beneficio máximo". Su utilización trata de conseguir una "libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo, por lo que la Ley, y en esto responde tanto a la actual realidad española como al ejemplo de otros países, las somete a un régimen de Derecho privado"³⁶⁷.

³⁶⁵Cfr. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág.415.

³⁶⁶TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.861.

³⁶⁷Exposición de Motivos de la LRJEEA, número seis, párrafo segundo.

La doctrina habla de la "multifuncionalidad"³⁶⁸ de la sociedad anónima en nuestro sistema, ya que se distinguen, debajo de tal forma social, una amplia variedad de tipos reales³⁶⁹.

e) La sociedad de responsabilidad limitada, tipo intermedio entre las personalistas y la anónima, tiene el capital dividido en participaciones que no pueden incorporarse a títulos-valores ni estar representadas por anotaciones en cuenta, y sus socios, a semejanza de los accionistas, no responden personalmente de las deudas sociales. Se ha señalado cómo, si bien antes de la reforma de 1989 el tipo social más frecuente era la SA, en proporción de tres a uno, la tendencia a favor de la SRL se ha invertido posteriormente³⁷⁰.

El artículo 124³⁷¹ del Código de Comercio prevé otra categoría constituida por las sociedades cooperativas y las mutualidades de seguros. Las sociedades cooperativas se rigen

³⁶⁸Cfr. por ejemplo VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. pág.372.

³⁶⁹Por ejemplo: SA cerradas, abiertas, familiares, de dos socios, públicas, unipersonales y unipersonales sobrevenidas, SA que sirven de unión de empresas de carácter mutualístico, etc. Dentro del tipo social que analizamos gozan de régimen especial las sociedades de inversión colectiva, las Asociaciones de Interés Económico, las sociedades gestoras de Fondos de Inversión Mobiliaria, las sociedades gestoras de las Bolsas de Valores, las sociedades de financiación de ventas a plazos, de "leasing", periodísticas, deportivas, de garantía recíproca, de crédito hipotecario, de capital-riesgo y las anónimas laborales, entre otras. Vid. ampliamente BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. págs.404 y siguientes; MADRID PARRA en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): *Derecho Mercantil*. I. 1992, cit. págs.432 y siguientes.

³⁷⁰Cfr. ESTEBAN VELASCO, G.: *Configuración estatutaria del órgano de administración*. en ALONSO UREBA y otros: *Derecho de Sociedades Anónimas*. I. cit. págs.375 y siguientes.

³⁷¹Artículo 124 C.Co.: "Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en sociedades a prima fija".

por la Ley de 2 de Abril de 1987, que las configura como sociedades de capital variable que asocian, en régimen de libre adhesión, a personas que tienen intereses o necesidades socioeconómicos comunes. Existe, además, una amplia legislación autonómica³⁷². La mercantilidad de las cooperativas, si bien con ribetes especiales³⁷³, puede afirmarse a partir de la vigente ley al reconocer claramente que desarrollan actividades empresariales (artículos 1^o y 116), que los resultados económicos de la actividad cooperativa se imputan a los socios, que pueden realizar con terceros no socios actividades y servicios corporativizados (artículo 5), y que en caso de insolvencia les será aplicable la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras (artículos 110 y 115)³⁷⁴.

³⁷²A tenor del artículo 149. 3 de la Constitución, las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en esta materia, habiéndose dictado ya varias Leyes autónomas de cooperativas: del País Vasco (11 de febrero de 1982), de Cataluña (9 de marzo de 1983), de la Comunidad Valenciana (25 de octubre de 1985), de Andalucía (2 de mayo de 1985) y de Navarra (3 de julio de 1989). La Ley General de Cooperativas es supletoria respecto de las Leyes de las Comunidades Autónomas, en sus territorios respectivos. A nivel estatal, las Cooperativas de Crédito se regulan por Ley de 26 de mayo de 1989 con un doble aspecto de cooperativas y entidades de crédito, y el régimen fiscal se establece por Ley de 19 de diciembre de 1990.

³⁷³Cfr. BROSETA PONT: **Manual de Derecho Mercantil**. 1994, cit. pág.417; FERNANDEZ RUIZ, J. L.: **Fundamentos de Derecho Mercantil**. Madrid, 1991, pág.158. Este último autor señala que el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 29 de julio de 1983, ha especificado que la legislación general sobre Cooperativas no es íntegramente mercantil. Por su parte, señala SANCHEZ CALERO: **Instituciones de Derecho Mercantil**. 1993, cit. pág.161, que el régimen de las sociedades cooperativas no puede considerarse legislación mercantil, aunque se engloba en su marco general, y "todo ello sin perjuicio de que ciertos aspectos del régimen de las sociedades cooperativas tengan esta naturaleza y en algún supuesto la cooperativa pueda calificarse como mercantil". Ya criticaba la indeterminación legislativa del Derecho anterior sobre la mercantilidad de las Cooperativas GIRON TENA: **Derecho de Sociedades**. I. 1976, cit. págs.111 y siguientes.

³⁷⁴Cfr. URÍA: **Derecho Mercantil**. 1993, cit. pág.500. La vigente Ley general de cooperativas tiene un fuerte influjo de los preceptos referentes a las sociedades anónimas.

Las Entidades de Depósito pueden adoptar la forma cooperativa³⁷⁵. Ahora bien, la cooperativa es la forma jurídica que ha sufrido más adaptaciones a las exigencias de organización financiera de una Entidad de Crédito, influyendo notablemente en su organización corporativa en tanto que persona jurídica típica.

Aun siendo dudosa para un sector doctrinal la mercantilidad de las cooperativas, basta la constatación de que en su seno pueden aparecer conductas delictivas de igual o semejante entidad a las que surgen en las sociedades mercantiles típicas para afirmar que son sociedades mercantiles en el sentido de los delitos societarios³⁷⁶.

Las Mutuas a prima fija (en las que el mutualista asegurado paga una cuota única o constante como precio o retribución de la cobertura que le ofrece cada contrato de seguro suscrito con la mutualidad) son sociedades mercantiles, a tenor del artículo 7 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984, y del artículo 124 del Código de Comercio; las Mutuas a prima variable (aquellas que practican el seguro repartiendo o derramando entre todos sus asociados los daños de los siniestros afectantes a cualesquiera de ellos) no tienen carácter mercantil³⁷⁷.

Respecto a la posibilidad de crear tipos sociales mercantiles atípicos, la doctrina mercantilista se ha manifestado contraria si ello supone atentar contra las normas

³⁷⁵Las demás Entidades de Crédito, en especial las de ámbito de actuación limitado, como las Entidades de Financiación, las Sociedades del Mercado Hipotecario y otras, han de adoptar la forma de SA.

³⁷⁶Vid. un ejemplo en la STS 24 febrero 1994 (Ar. 1121), donde se sanciona como apropiación indebida una apropiación por los administradores y gestores de la cooperativa de fondos sociales por el importe de 177 millones de pesetas.

³⁷⁷URIA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. págs.179 y 498; FERNANDEZ RUIZ: *Fundamentos de Derecho Mercantil*. 1991, cit. pág.163.

imperativas del Derecho de sociedades o la seguridad del tráfico o terceros³⁷⁸. Sin embargo, las necesidades del tráfico muestran actualmente la deformación de los tipos sociales expresamente regulados, de forma tal que dentro de un único tipo social aparecen subespecies que originan modalidades muy diversas, según el empleo que de ellos se hace. De esta situación es ejemplo la sociedad anónima, sometida a tal extensión que es posible pensar en una escisión futura del tipo en otros diversos.

6. 1. 2. 1. Los supuestos de dudosa mercantilidad.

Las sociedades que, muy someramente, he analizado hasta ahora gozan sin duda de la cualidad de mercantiles, e integran la descripción del sujeto activo de los delitos societarios especiales. Existe, sin embargo, una multiplicidad de situaciones que se presentan como supuestos de dudosa mercantilidad; es el caso de las sociedades civiles con forma mercantil, de las sociedades irregulares, de las sociedades en formación, etc. Conviene adelantar que no me cabe duda de que, desde el punto de vista material, estas situaciones jurídicas objetivas pueden describir ámbitos de dominio en los que se encuentran bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, y que dichos ámbitos de dominio se pueden corresponder con la descripción de algunos elementos objetivos del sujeto activo (y por tanto de la autoría)³⁷⁹.

³⁷⁸Vid. por todos GIRON TENA: **Derecho de Sociedades. I.** 1976, cit. págs.86 y siguientes; SANCHEZ CALERO: **Instituciones de Derecho Mercantil.** 1993, cit. pág.160.

³⁷⁹En este sentido, vid. la STS 9 mayo 1994 (Ar. 5311), la cual, al hilo del análisis de la existencia o no de un delito de apropiación indebida, subraya que "no importa la situación contractual societaria" (constitución de una sociedad civil irregular conjunta por los tres acusados y dos socios más para la explotación de un "pub", para entender que existe el delito. En el mismo sentido, vid. la STS 23 marzo 1993 (Ar. 2501).

En el ámbito penal se ha de prescindir del formalismo jurídico extrapenal, que se corresponde con objetivos de protección de la seguridad del tráfico mercantil y de los terceros de buena fe, y atender a un punto de vista material. En muchos casos estas entidades, las cuales formalmente es discutible que entren en la categoría de sociedad mercantil, circunscriben ámbitos objetivos de dominio en los que se protegen jurídico-penalmente los intereses inscritos en tales realidades objetivas. No puede negarse que tales situaciones objetivas son las correspondientes, desde el punto de vista material, al ámbito de protección de la norma penal societaria descrito por el elemento objetivo de la autoría de los delitos especiales.

En estos supuestos, y con el fin de evitar escandalosas impunidades por atender a formalizaciones jurídicas extrapenales, sólo cabe proceder a una interpretación material del concepto de "sociedad mercantil", no fundamentada exclusivamente en el cumplimiento de requisitos propios del sector mercantil del Ordenamiento jurídico, como la inscripción en el Registro Mercantil. Tal interpretación material del concepto de sociedad mercantil es necesaria desde el punto de vista de la protección del bien jurídico penalmente protegido y de los intereses tutelados por los delitos societarios, a lo que se añade la amplitud del fenómeno de las sociedades no inscritas que operan en el tráfico económico.

En efecto, con independencia de que no existan informaciones empíricas fiables sobre el número e importancia de las sociedades no inscritas, carencia que dota a cualquier análisis de una inevitable precariedad, es sabido que el fenómeno de la sociedad mercantil no inscrita, y especialmente de la sociedad irregular, no constituye en modo alguno una hipótesis rara o

infrecuente, desprovista de interés práctico³⁸⁰. Se trata, por el contrario, de un problema endémico de palpitante vigencia y actualidad.

Sociedades civiles y mercantiles.

Las sociedades pueden ser civiles o mercantiles. La importancia de esta distinción radica en que el Proyecto de Código Penal de 1994 circunscribe las conductas punibles en el ámbito societario a las realizadas en el marco de una sociedad **mercantil**, de ahí el interés en deslindar claramente ambos conceptos. Entendemos, además, que con la mención de las sociedades mercantiles el pre-legislador ha querido excluir del ámbito de protección de la norma las sociedades no dedicadas a la realización de actividades mercantiles. Por su parte, los que sí realicen actividades mercantiles entrarán en el concepto penal de sociedad mercantil. Esta interpretación también se adecúa a la regulación que el Derecho mercantil ofrece en los casos límite cuya atención nos ocupa.

El artículo 1670 del Código civil admite que las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. Respecto a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, su mercantilidad se reconoce *ex lege* (artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en adelante TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/ 1989 de 22 de diciembre, y artículo 3 de la Ley de 17 de julio de 1953 de Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en adelante LSRL). Ya no es posible, así, plantear frente a estas formas sociales cuestión alguna acerca de su carácter o naturaleza³⁸¹.

³⁸⁰Cfr. URÍA, R.: **Las sociedades y el Registro Mercantil**. en Curso de conferencias sobre Registro Mercantil. Madrid, 1972, pág.196.

³⁸¹Vid. URÍA: **Derecho Mercantil**. 1993. cit. pág.181; FERNANDEZ RUIZ: **Fundamentos de Derecho Mercantil**. 1991, pág.161; VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**.

El problema, pues, queda relegado al ámbito de las sociedades colectivas y comanditarias, en el cual la sociedad es mercantil si lo es su objeto, esto es, si constituye "ejercicio del comercio". Por "objeto" debe entenderse el que es propio de la sociedad como ente, lo que constituye la actividad o actividades de la sociedad misma, como se desprende de la referencia que efectúa el artículo 9 de la LSA al "...objeto social, determinando las actividades que lo integran"³⁸². Serán civiles tales sociedades, aunque adopten forma mercantil, cuando la actividad a que se consagren sea civil. Constituyen actividades mercantiles: I. La actividad industrial dirigida a la producción de bienes y servicios; II. La actividad intermediaria en la circulación de bienes; III. La actividad de transporte por tierra, mar o aire; IV. La actividad bancaria y aseguradora; V. otras actividades auxiliares de las precedentes³⁸³.

Se ha criticado la permisión de sociedades civiles con forma mercantil, "porque da lugar a la aparición de figuras cuyo régimen jurídico es contradictorio y oscuro, creando sociedades híbridas cuya virtualidad práctica es escasa"³⁸⁴. Tales sociedades se someten a las disposiciones del Código de comercio que no se opongan a las del Código civil.

Así, en las sociedades capitalistas, la anónima y la de responsabilidad limitada, ha prevalecido un criterio formal: son siempre mercantiles. En las sociedades personalistas, por otra parte, se atiende al criterio material que supone analizar la mercantilidad del objeto.

I. 1º. 1991, cit. pág.314.

³⁸²Cfr. GARCIA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima. cit. pág.35. Sobre esta cuestión, en general, vid. SAENZ GARCIA DE ALBIZU: El objeto social en la sociedad anónima. Madrid, 1990.

³⁸³Vid. CHIARAVIGLIO: Le responsabilità penali nelle aziende. cit. pág.434.

³⁸⁴BROSETA PONT: Manual de Derecho Mercantil. 1990, cit. pág.161.

7. 6. 1. 2. 2. La sociedad irregular.

La sociedad irregular constituye un supuesto de abuso de la forma jurídica societaria. A raíz de la regulación del Proyecto de Código penal de 1994, se plantea la duda acerca de la posibilidad de sancionar los delitos societarios cometidos en su seno, cuya solución depende de si se considera que se trata de una sociedad mercantil o no.

Todas las sociedades mercantiles se constituyen mediante otorgamiento de escritura pública, autorizada por Notario, y su inscripción en el Registro Mercantil³⁸⁵. La inscripción es constitutiva de la personalidad jurídica. La intervención del Notario y del Registrador mercantil en la constitución de las sociedades mercantiles es garantía de seguridad jurídica, al crear hechos de apariencia en los que pueden confiar los terceros³⁸⁶.

La exigencia de requisitos formales para la constitución de todas las sociedades mercantiles (artículos 117 a 120 del C.Co.) determina dos situaciones claramente diferenciables:

³⁸⁵Vid. los artículos 6 LSA y 5 LRJSRL, que establecen que "la sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil". Sobre la relación entre técnica de exigencia de publicidad e irregularidad de las sociedades, vid. ampliamente GIRON TENA: **Derecho de Sociedades. I.** 1976, cit. págs.232 y siguientes.

³⁸⁶Como señala GIRON TENA: **Derecho de sociedades. I.** 1976, cit. págs.237 y siguientes; la razón final por la que existen normas de publicidad es que, si bien los negocios jurídicos no afectan directamente a los terceros, éstos pueden ver afectados sus intereses por las consecuencias que de dichos negocios se deriven. Este interés indirecto de los terceros en los negocios jurídicos es la causa que promueve la creación del instrumento legal de la publicidad registral.

a) La situación normal de sociedad de formación³⁸⁷, durante el tiempo que transcurre entre el acuerdo de constituir la sociedad o de otorgar el contrato en escritura pública y el de la inscripción en el Registro Mercantil. Y, si bien es discutida la naturaleza jurídica de los gestores en este caso, GARRIGUES advierte que "la experiencia enseña que los fundadores de una sociedad anónima celebran actos y contratos no por cuenta propia, sino por cuenta y en nombre de la sociedad en germen"³⁸⁸. No cabe duda que dichas sociedades en formación, desde un punto de vista material, circunscriben ámbitos objetivos de dominio en los que se protege el bien jurídico. Ello no contradice tampoco la dicción legal, que no exige la existencia de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil.

b) La situación anormal, no querida por el legislador, de una sociedad que inicia su actividad económica sin inscribirse en el Registro Mercantil. En la práctica resulta muchas veces de la decisión adoptada por un grupo de personas de acogerse a las ventajas organizativas, e incluso de imagen, que presenta el esquema básico de las sociedades, pero sin soportar las cargas y los costos (especialmente de orden fiscal) inherentes a la formalización del ente constituido. En otras ocasiones responde a la situación planteada durante el curso del proceso constitutivo de una sociedad que, al encontrarse con dificultades externas o internas para su normal desarrollo, dilata su conclusión más allá de unos razonables límites temporales, convirtiendo las actuaciones realizadas inicialmente en nombre de la sociedad

³⁸⁷El artículo 7 de la primera Directiva comunitaria en materia de sociedades señala que "en el supuesto de que se realicen actos en nombre de una sociedad en formación antes de que ésta adquiriera la personalidad jurídica y la sociedad no asuma las obligaciones que se deriven de tales actos, las personas que los hayan realizado serán personal y solidariamente responsables de ellos, salvo pacto en contrario".

³⁸⁸GARRIGUES/ URIA: Comentarios a la LSA. I. cit. págs.188 y siguiente.

en formación en actuaciones desarrolladas en interés de un grupo que no puede entenderse destinado a cristalizar en la estructura formal de una sociedad legalmente constituida.

Ambas situaciones se regulan hoy en los artículos 15 y 16 de la LSA, que pueden aplicarse como normas generales por analogía, artículo 4 C.c., aunque ello suponga una "marcha atrás", de la ley especial a la general³⁸⁹.

Los supuestos de irregularidad contemplados en esta normativa son dos:

1º) La existencia de una voluntad "verificada", de no inscribir la sociedad (irregularidad querida). Esta es una cuestión de hecho que ha de resolverse en cada caso conforme a las circunstancias que en él concurran³⁹⁰. Cabe en principio pensar que se produce la verificación: a) si se diera una declaración de los socios contraria a la culminación del proceso constitutivo; b) si se llevara a efecto un comportamiento manifiestamente incompatible con la culminación del proceso constitutivo, por ejemplo, no subsanar en el plazo hábil los defectos resultantes de la calificación registral, o no formular recurso de alzada en caso de mantenimiento de la resolución recurrida.

2º) El transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción (irregularidad automática o impuesta por la ley, como sanción a esta negligencia y en protección de terceros).

Hasta que se produzca la disolución de la sociedad, ésta puede haber desarrollado operaciones sociales. En este caso,

³⁸⁹Así, cfr. VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. pág.335.

³⁹⁰Sobre las dificultades de prueba, vid. FERNANDEZ DE LA GANDARA en ALONSO UREBA y otros: *Derecho de Sociedades Anónimas*. I. cit. pág.634.

se excluye su acogimiento al régimen jurídico de las sociedades anónimas, siendo aplicable el de "la sociedad colectiva, que adquiere así un valor referencial como tipo básico o residual en la tipología de las sociedades mercantiles, o de la sociedad civil, normativas que deben entenderse respectivamente invocadas según sea mercantil o civil el objeto de la sociedad a que han de extenderse"³⁹¹. Las normas de la sociedad civil o de la colectiva sólo serán aplicables cuando concurren las hipótesis básicas que determinan la existencia del fenómeno de la irregularidad; se aplicarán, tanto si la sociedad irregular va a disolverse como si va a permanecer actuando en el tráfico, a todas las operaciones realizadas desde el momento en que pueda considerarse verificada la voluntad de no inscribir o, en todo caso, el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción. Por otra parte, se recurre al criterio sustancial derivado del carácter civil o mercantil del objeto o actividad social para aplicar las normas de la sociedad civil o colectiva,

³⁹¹JIMENEZ SANCHEZ, G. J.: *La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular*. En AA.VV: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. cit. pág.665. También SANCHEZ CALERO: ob. cit. pág.164; y VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. pág.343. Sobre la sociedad colectiva como sociedad general del tráfico mercantil, vid. entre otros GIRON TENA: *Derecho de sociedades*. I. 1976, cit. págs.56 y siguientes; PAZ-ARES, C.: *Comentario a los artículos 1665 a 1708 del CC*. En *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, Madrid, 1991, pág.1315; MENENDEZ MENENDEZ, A.: *Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil*. "Anales de la Academia Matritense del Notariado" tomo XXX, Madrid, 1990, pág.17.

No obstante, una tendencia doctrinal niega la posibilidad de calificar como irregulares las sociedades civiles, y ello porque, como dice PAZ-ARES: ob. cit. págs.1339 y siguientes, "el concepto de irregularidad nada tiene que ver con la forma, sino con la publicidad legal del registro, de modo que la sociedad civil, en la medida en que no es sujeto inscribible, no puede ser irregular, ni someterse al régimen jurídico propio de esta clase de sociedades. La omisión de la forma "debida" - según esta arraigada orientación de la jurisprudencia- convierte en irregular a la sociedad civil, privándola de efectos frente a terceros, impidiendo que surja su personalidad jurídica y sometiéndola al régimen de la comunidad de bienes". En el mismo sentido, vid. FARIAS BATLLE, M.: *La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992)*. Madrid, 1993, pág.31 y siguientes.

frente al tradicional criterio definidor de la condición civil o mercantil de la sociedad basado en la forma-tipo elegida por las partes. Se evita así la contradicción que existe en la doctrina del Tribunal Supremo al considerar, por un lado, que la sociedad irregular es una sociedad mercantil y al aplicar, por otro, a su régimen interno las normas del Código civil³⁹². El propio Tribunal Supremo manifestó en la paradigmática Sentencia de 29 de noviembre de 1958, que "el criterio único para distinguir las últimas [las sociedades mercantiles irregulares] de las civiles, y puesto que la concreta diferenciación entre unas y otras no ha sido objeto de expresa consideración en ninguno de los dos Códigos, sólo puede consistir en el que tiene por base la índole de las operaciones a que se dediquen, criterio que se halla compartido en general por la doctrina científica y, dentro de sus fluctuaciones, también por la jurisprudencia en Sentencias de 15 de octubre de 1940, 14 de febrero de 1945 y 6 de marzo de 1954".

La aplicación de las reglas invocadas puede plantear algunos problemas prácticos, sobre todo en el caso, que será el más frecuente, de la entrada en juego de las normas de la

³⁹²Vid. SSTs (Sala 1º) de 26 junio (Ar. 2936) y 4 julio 1959 (Ar. 2956), 3 mayo 1960 (Ar. 1711), 7 febrero 1964 (Ar. 634), 26 enero 1967 (Ar. 250), etc. En contra, por todas, la STS (Sala 1º) 2 enero 1940 (Ar. 1).

Como ha señalado oportunamente GIRON TENA: **Derecho de sociedades**. I. 1976, cit. págs.241 y siguientes, esta tendencia jurisprudencial es, en todos sus extremos, rechazable, porque al calificar de civil a la sociedad irregular se va directamente contra el tipo garantizador del tráfico mercantil. En efecto, se olvida que la sociedad irregular actúa en el sector mercantil del tráfico jurídico, que está protegido con el mayor rigor y responsabilidad que se impone a los socios de las sociedades mercantiles, frente a la responsabilidad de los socios de las sociedades civiles. En definitiva, como señala FARIAS BATLLE: **La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992)**. cit. pág.47, "al aplicar a la sociedad irregular la disciplina de la sociedad civil, se está soslayando el principal elemento definidor de la naturaleza jurídica de las sociedades; esto es, el sector del tráfico en que las mismas desarrollan su actividad, y el carácter de sus actos de tráfico".

sociedad colectiva. Las sociedades irregulares han de adaptar a sus necesidades específicas las normas del C.Co., de las que únicamente habrá que entender de inexcusable respeto las de carácter imperativo sobre asunción de obligaciones e imputación de responsabilidades frente a terceros³⁹³. La aplicación de las normas de la sociedad colectiva supone que todos los socios de la sociedad irregular, hayan o no actuado en nombre de la misma, y cualquiera que sea su participación o posición dentro de la sociedad, respondan personal, ilimitada y solidariamente entre sí por los resultados de las operaciones sociales; esta responsabilidad sólo podrá ser exigida previa excusión del patrimonio común. El régimen derivado de la aplicación de las normas de la sociedad civil conduce esencialmente al mismo resultado, puesto que convierte a los socios en personal e ilimitadamente (aunque no con carácter solidario) responsables de las deudas de la sociedad, siendo dudoso en la doctrina el carácter de esta responsabilidad (de primero o de segundo grado)³⁹⁴. Como vemos, se ha optado en el artículo 16 LSA por acoger la tesis, propuesta por un sector de la doctrina mercantilista encabezado por GIRON TENA³⁹⁵, de la conversión de la sociedad en constitución en sociedad colectiva.

Al régimen previsto para las sociedades irregulares se reconducen otras situaciones societarias de régimen confuso: las presuntas sociedades mercantiles atípicas, y las sociedades mercantiles por su objeto o actividad y tácitas por no constituirse de forma expresa sino mediante actos concluyentes, como la continuación del negocio del causante por sus herederos

³⁹³Cfr. JIMENEZ SANCHEZ: *La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular*. cit. pág.683.

³⁹⁴Cfr. CAPILLA RONCERO, F.: *La sociedad civil*. Zaragoza, 1984, pág.304 y siguientes.

³⁹⁵Vid. ampliamente GIRON TENA: *Derecho de sociedades*. I. 1976, cit. págs.226 y siguientes. También puede consultarse el trabajo del mismo autor: *Las sociedades irregulares*. "ADC" 1951, págs.1175 y siguientes. En sentido semejante se pronunciaron, entre otros, URÍA: *Las sociedades y el Registro Mercantil*. cit. págs.203 y siguiente; DE LA CAMARA ALVAREZ, M.: *Estudios de Derecho Mercantil*. I. Madrid, 1977, pág.211.

(sociedad de hecho)³⁹⁶. Todas estas situaciones son reconducibles también al concepto penal de sociedad mercantil, siempre que ejerciten actividades mercantiles.

En todos estos casos será posible, pues, hablar de sociedad mercantil en el sentido requerido por los tipos penales societarios.

7. 6. 1. 3. El concepto de administrador de derecho.

Dejando de lado las facultades y competencias estrictamente representativas de los administradores, la actividad de administración o gestión implica el desarrollo de actuaciones no sólo jurídicas sino también técnicas y de contenido económico y financiero. Entre las facultades y obligaciones relativas a la administración societaria figuran en la LSA, entre otras, las siguientes: informar a los accionistas sobre las adquisiciones de bienes a título oneroso en los dos primeros años de vida de la sociedad (artículo 41); velar por el desembolso de los dividendos pasivos (artículos 45 y 46); suscribir los títulos representativos de las acciones (artículo 53); llevar el libro-registro de acciones nominativas e informar a los accionistas en relación con sus acciones (artículos 55 y 56); cumplimentar las funciones relativas a la sustitución de los títulos (artículo 59); cumplir las obligaciones impuestas a la sociedad en materia de adquisición y tenencia de las propias acciones (artículos 74 y siguientes), así como sobre las participaciones recíprocas (artículos 82 y siguientes); convocar las juntas generales y fijar su orden del día (artículos 94, 97, 98 y 100), etc.

La configuración de los órganos de administración presenta variantes según el tipo de sociedad mercantil de que se trate,

³⁹⁶VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil. I.* 1º. 1991, cit. pág.346.

pudiendo distinguirse fundamentalmente entre los administradores de las sociedades personalistas y de las sociedades capitalistas, ya que su posición es bien distinta en unas y otras³⁹⁷. A continuación se ofrece una breve descripción de la configuración del órgano de administración en los tipos societarios mercantiles más característicos.

El órgano de administración de la sociedad colectiva.

En principio, si nada se dice en la escritura social de constitución, todos los socios tienen el derecho a participar en la gestión social (artículo 129 C.Co.), concurriendo al manejo de los negocios comunes y a la dirección de la sociedad. Pero si la administración se ha confiado a una o varias personas, los demás no pueden contrariar sus operaciones ni impedir sus efectos (artículo 128). El Código de comercio parte del principio de la autorización para el uso de la firma social y de las consecuencias jurídicas que se anudan a su alrededor: los socios y la sociedad quedan vinculados en todas las operaciones que se hagan por cuenta de la sociedad y a su nombre por personas autorizadas a utilizar la firma social. En el caso de que una persona autorizada al uso de la firma social lo haga para negocios por cuenta propia, el contrato realizado es válido y produce efectos frente a terceros, teniendo que responder el socio de los daños y perjuicios causados, y si hay ganancias en la operación son para la sociedad.

Así pues, la administración puede adoptar las distintas estructuras que para la SA prevé el artículo 124 del RRM y atribuir esta función a uno o más socios o a terceros, esto último siempre que lo admita la escritura social expresamente y también mediante delegación de las funciones que le corresponden a un socio si existe el consentimiento de todos los demás

³⁹⁷Vid. ampliamente TAGLIARINI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. en RESCIGNO (dir.): *Trattato di diritto privato*. Vol. XVII. Torino, 1985, págs.603 y siguientes.

(artículo 144). El administrador nombrado en la escritura de constitución no puede ser destituido, salvo que la misma escritura prevea su separación por acuerdo mayoritario, pero puede ser nombrado un socio coadministrador (artículo 132 del C.Co.). En los demás casos, el nombramiento y separación de los administradores se hará por acuerdo unánime, salvo que se pactara otra cosa en la escritura de constitución.

7. 6. 1. 3. 1. El órgano de administración en las sociedades mercantiles.

a) El órgano de administración de la sociedad comanditaria simple.

La gestión administrativa de las sociedades en comandita simple compete únicamente a los socios colectivos, según el artículo 148 C.Co. Los términos rigurosos en que se expresa tal artículo impiden al comanditario cualquier injerencia en la administración, debiendo entenderse este término en el sentido más amplio, esto es, comprendiendo los actos de mera gestión interna y los de representación³⁹⁸. No deben entenderse incluídos los actos que afecten a la esfera "constitucional" de la sociedad, como son los acuerdos de transformación, fusión o modificación. La violación de la prohibición de administrar puede ser sancionada con la rescisión del contrato frente al socio culpable; URIA señala que, por analogía con el artículo 128, también es posible estimar: "a) que el socio comanditario no obligará con sus actos y contratos a la sociedad, aunque los ejecute a nombre de ésta y bajo su firma, y b) que la responsabilidad de tales actos en el orden civil o penal recaerá exclusivamente sobre su autor".

³⁹⁸Cfr. URIA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.220.

Toda la materia relativa a los modos de organizar la administración, la condición jurídica de los administradores y las facultades y responsabilidades de éstos, se rige por las normas de la sociedad colectiva, valiendo en consecuencia cuanto he expuesto sobre el particular.

b) El órgano de administración de la sociedad comanditaria por acciones.

Se regula en los artículos 151 a 157 C.Co., redactados en su forma actual por la Ley 19/ 1989, de 25 de julio. Su régimen se aproxima al de las anónimas.

El órgano de administración, que podrá adoptar todas las formas previstas en el artículo 124 del RRM, debe estar necesariamente integrado por los socios colectivos, que asumen de esta forma una triple posición: como accionistas, como socios colectivos en cuanto a la responsabilidad objetiva por las deudas sociales, y como administradores, que soportan la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba de los artículos 127 y siguientes de la LSA. La separación del socio administrador exige la modificación de los estatutos sociales, con el acuerdo expreso y a favor de todos los socios colectivos.

Pueden ser socios colectivos, y por tanto administradores, las personas jurídicas, que designarán un representante permanente para el ejercicio del cargo bajo responsabilidad propia y de la persona jurídica representada³⁹⁹.

³⁹⁹Cfr. VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 2^ª. 1991, cit. pág.963.

c) El órgano de administración de la sociedad anónima⁴⁰⁰.

La gestión y control de la sociedad a través de la Junta general ha fracasado, y ello porque este organismo se ha revelado inoperante e incapaz de asumir tales poderes y responsabilidades. Los accionistas, sobre todo en las grandes sociedades anónimas, se desentienden de la marcha de la sociedad⁴⁰¹.

El TRLSA no afronta la clasificación de las formas de órgano de administración. Su artículo 9 g) sólo exige que en los estatutos conste "la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación así como su régimen de actuación, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. Se expresará además el número de administradores, que en el caso del Consejo no será inferior a tres o, al menos, el número máximo y el mínimo...". El artículo 124 del RRM, con base en esta delegación, establece cinco formas posibles de estructura del órgano de administración: a) administrador único; b) varios administradores que actúan

⁴⁰⁰Como es bien sabido, en el Derecho vigente de los Estados miembros de la CEE nos encontramos con tres tipos de situaciones en cuanto a la forma de organizar la administración de las sociedades anónimas. En unas legislaciones (por ejemplo, Inglaterra, Italia, Bélgica), se prevé un único órgano de administración para todas las sociedades anónimas. En otras se admite la coexistencia del sistema dualista y unitario, pero mientras algunos Estados (Francia) dejan en total libertad a las sociedades para elegir la forma de organizar la administración que estimen conveniente, otros (como Holanda o Dinamarca) imponen de forma imperativa para las sociedades que reúnan determinados requisitos la estructura dualista, dejando libertad de opción a las demás sociedades. Unicamente la legislación germánica impone de forma obligatoria una bipartición de órganos para todas las sociedades anónimas. Cfr. ESTEBAN VELASCO: La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario. cit. pág.121.

⁴⁰¹Vid. GARRIGUES, J.: Sociedad anónima y reforma de la empresa. La Coruña, 1969, pág.12; del mismo autor: Hacia un nuevo Derecho Mercantil. cit. pág.141.

individualmente (esto es, solidariamente⁴⁰²); c) dos administradores que actúan conjuntamente; d) un Consejo de administración integrado como mínimo por tres miembros, sin perjuicio de la facultad de delegación del artículo 141 de la LSA; e) un Consejo de Administración y una Comisión Ejecutiva o uno o varios Consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias.

La estructura escogida para el órgano de administración explica las características de su funcionamiento interno (toma de decisiones) y externo (atribución del poder de representación, ejecución de los acuerdos en la relación de la sociedad con los terceros)⁴⁰³.

Para ser administrador de una sociedad anónima la Ley exige tener la capacidad precisa para ejercer el comercio o ser comerciante (artículo 4 C.Co.) y no sufrir ninguna incompatibilidad o prohibición, como resulta a sensu contrario del artículo 124 de la Ley⁴⁰⁴. Algunos tipos especiales de sociedades anónimas, como las sociedades anónimas bancarias,

⁴⁰²Cfr. VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. págs.624 y siguiente.

⁴⁰³Vid. más ampliamente ESTEBAN VELASCO en ALONSO UREBA y otros: *Derecho de Sociedades Anónimas*. I. cit. págs.359 y siguientes; FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CANETE, E.: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. Madrid, 1993, págs.29 y siguientes.

⁴⁰⁴El artículo 124 de la LSA establece que no pueden ser administradores "los quebrados y concursados no rehabilitados, los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de las sociedades los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate". El artículo 132. 2 de la Ley añade como posible causa de prohibición la de "administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad", los cuales "cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General".

exigen además la concurrencia de otros requisitos⁴⁰⁵.

A falta de norma que lo prohíba⁴⁰⁶ pueden ser administradores de sociedades anónimas las personas jurídicas, como ya hemos señalado, condicionando el artículo 143 del RRM la inscripción del nombramiento a que conste la identidad de la persona física designada como representante para el ejercicio de las funciones propias del cargo⁴⁰⁷. No es posible designar más de una persona física como representante de la persona jurídica

⁴⁰⁵Así, el RD 1144/ 1988 exige que todos los consejeros, directores generales y asimilados respondan al principio de honestidad ("honorabilidad comercial y profesional"), y la mayoría de los consejeros y todos los directores generales y asimilados al de aptitud ("conocimiento y experiencia adecuados").

⁴⁰⁶La admisión de la aptitud de la persona jurídica para ser nombrada administrador se contiene implícitamente en el artículo 8. f) LSA, conforme al cual en la escritura de constitución debe expresarse respecto de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, los nombres, apellidos y edad, si son personas físicas, o su denominación si son personas jurídicas, y en ambos casos su nacionalidad y domicilio. En el mismo, vid. el artículo 125 LSA.

⁴⁰⁷Ampliamente, vid. ARANGUREN URRIZA en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. págs.99 y siguientes. Una posición crítica ante la nueva regulación en la LSA en POLO: **Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima**. cit. pág.64. Señala la Resolución de la DGRN de 11 marzo 1991, que la forma del nombramiento, que siempre debe estar realizado por la persona jurídica que es nombrada administrador, debe ser, según los casos, apoderamiento o delegación de facultades, y consignarse en documento público.

Las Instituciones de Inversión Colectiva, reguladas por la Ley 46/ 1984, de 26 de diciembre, y el Real Decreto 1346/ 1985, de 17 de julio, que aprobó su reglamento, presentan una interesante particularidad en cuanto a su administración. Los administradores de las Instituciones de carácter financiero (clasificadas en sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo o variable, fondos de inversión mobiliaria y fondos de inversión en activos del mercado mobiliario) son las sociedades anónimas que reúnan los siguientes requisitos: su objeto social exclusivo es la administración y representación de dichas Instituciones; entre sus órganos debe figurar un Consejo de administración; se inscriben en el Registro de la CNMV, en cuyo caso deben disponer del capital social mínimo que reglamentariamente se establezca.

administrador⁴⁰⁸. Ahora bien, el acceso de la persona jurídica como tal al órgano de administración de la sociedad anónima plantea múltiples cuestiones, puesto que se precisa una designación cuya naturaleza no se formula, por un órgano competente que no se especifica, cuyos efectos son conferir la representación de la persona jurídica nombrada administrador, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Se distinguen además el nombramiento de administrador, que recae sobre la persona jurídica, y la designación que recae en una persona física, no necesariamente administrador, y la convierte en representante del administrador⁴⁰⁹, en administrador no *proprio nomine* sino *per relationem*, esto es, en virtud de una relación, establecida por su designación, con la persona jurídica administradora⁴¹⁰. Como representante *sui generis* del administrador ostenta, en su caso, el poder representativo que orgánicamente corresponda al cargo. Desde el punto de vista de la sociedad administrada, el representante no es el administrador, cualidad que sólo recae en la persona jurídica que lo ha designado. La responsabilidad de la persona jurídica administrador frente a la sociedad administrada deriva de su cargo, y se rige por las mismas reglas generales de la responsabilidad civil de los administradores, puesto que la ley no distingue⁴¹¹.

La sociedad anónima nace dotada de órganos sociales. El artículo 8 f) de la LSA exige expresar en la escritura de constitución "los nombres, apellidos y edad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación

⁴⁰⁸Cfr. Resolución de la DGRN 11 marzo 1991.

⁴⁰⁹Cfr. ARANGUREN URRIZA en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.143.

⁴¹⁰Cfr. ARANGUREN URRIZA en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. págs.156 y siguientes, quien afirma que la persona física designada es administrador de la sociedad administrada y mandatario amovible de la persona jurídica administrador; de forma que de ésta es apoderado, pero ese poder le inviste como órgano en la sociedad administrada.

⁴¹¹Cfr. ARANGUREN URRIZA en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. págs.181 y siguientes.

social, si fueran personas físicas, o su denominación social, si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio, así como las mismas circunstancias, en su caso, de los auditores de cuentas de la sociedad". Existen administradores desde el período de la sociedad en formación. El nombramiento debe ser aceptado por el administrador nombrado para que surta efectos (artículo 125), presentándose a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación.

La separación de los administradores puede ser acordada en cualquier momento por la Junta general. La LSA señala en el artículo 132. 2 unos supuestos especiales de separación para los administradores que estuvieren incurso en las prohibiciones antes mencionadas. El cese, que también puede producirse por dimisión del administrador, deberá inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 147 RRM).

Cuando la administración y representación de una sociedad anónima se confía conjuntamente a más de dos personas nos encontramos ante el órgano colegiado llamado Consejo de administración. Constituyendo el Consejo una de las formas en que puede estructurarse el órgano administrativo de la sociedad, le son aplicables las consideraciones genéricas formuladas respecto al órgano de administración. Por lo demás, los consejeros son administradores, y, en cuanto tales, destinatarios de la normativa contenida en los artículos 123 a 135 sobre su capacidad y aptitud, nombramiento y separación del cargo, régimen de prohibiciones e incompatibilidades, duración de sus funciones, obligación de desempeñar el cargo con la diligencia exigida, retribución, responsabilidad frente a la sociedad, etc⁴¹². La elección de los miembros del Consejo se hace por el sistema de representación proporcional (regulado en el artículo 137). El Consejo queda válidamente constituido cuando concurran a la

⁴¹²Vid. POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.387.

reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes (artículo 139 LSA), adoptando los acuerdos por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión, la cual convoca el presidente o quien haga sus veces (artículo 140 LSA). El defecto de convocatoria, según la doctrina mercantil, implica la nulidad de las deliberaciones, que no podrá ser sanada por acuerdo de la Junta general, ya que ésta no tiene facultades para atribuir a una reunión de consejeros la cualidad de reunión válida en contra de los requisitos exigidos por la LSA⁴¹³. Es posible efectuar las votaciones por escrito y sin sesión, pero únicamente cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (artículo 140 LSA).

En materia de régimen interno del Consejo hay que remitirse a los estatutos, pero en su defecto es el propio Consejo el que lo establece. Puede nombrar a su presidente, aceptar la dimisión de los consejeros y designar de su seno bien una Comisión ejecutiva, como es habitual en las grandes sociedades, bien uno o más consejeros delegados, lo que no obsta para que pueda conferir poderes a otras personas. Sobre este tema me extenderé posteriormente.

d) El órgano de administración en las sociedades anónimas pertenecientes al sector público.

La administración de las sociedades anónimas pertenecientes al sector público presenta ciertas peculiaridades que conviene reseñar.

Sin entrar aquí a examinar la problemática general que plantea la sociedad unipersonal, se han de señalar algunas

⁴¹³Vid. FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-Cañete: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. pág.30; URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.

cuestiones concretas en relación con aquellas sociedades anónimas unipersonales en las que el socio único es precisamente la Administración pública, puesto que se dan por ello determinadas peculiaridades, entre las que se pueden señalar las siguientes:

1) carece de sentido el régimen de las acciones en cuanto instrumento de división del capital social y título de legitimación para acceder a la Junta general y ejercer los derechos reconocidos por las leyes.

2) No suele existir Junta general. Este órgano deliberante exige pluralidad de miembros. Con frecuencia la Junta es sustituida por el órgano colegiado de gobierno de la respectiva Administración accionista.

Por otra parte, en las sociedades anónimas de economía mixta, el hecho de la participación pública lleva inevitablemente a que se produzcan algunas singularidades en su funcionamiento, puesto que al tomar decisiones la representación del sector público deberá dar prioridad a los intereses generales, lo que frecuentemente entrará en conflicto con el interés particular de los socios privados⁴¹⁴.

En las sociedades privadas, municipales o provinciales, con forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, cabe distinguir, de un lado, los miembros del Consejo de administración, cuya designación corresponde a la Junta⁴¹⁵, y, de otro, la figura del gerente, cuya configuración deja a los estatutos sociales el Reglamento de Servicios de las corporaciones locales⁴¹⁶. Normalmente el Consejo actúa como

⁴¹⁴Cfr. MADRID PARRA en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): **Derecho Mercantil. I.** 1992, cit. págs. 430 y siguientes.

⁴¹⁵En caso de que el capital sea enteramente público, el Pleno de la corporación asume las funciones de la Junta general, como hemos visto (artículo 103 TR). Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: **Derecho Administrativo Económico. I.** cit. pág. 315.

⁴¹⁶Vid. artículos 90 y siguientes.

órgano de vigilancia, vinculado por las instrucciones de la Junta, que a su vez es competente para nombrar al Gerente. Así, el Gerente aparece como un órgano social con competencias propias, si bien en la práctica se confiere a una persona con cualificación técnica, bajo contrato de trabajo⁴¹⁷.

El INI ejerce su acción sobre las empresas controladas o en las que tiene participación por intermedio de los Consejos de administración, a cuyos efectos los miembros de éstos que representan el capital del Instituto ajustarán su acción a las normas y directivas que el mismo les señale⁴¹⁸.

Con respecto al órgano de administración de las sociedades anónimas filiales del Ente público RTVE, éste será un administrador único, que es a su vez el Director del Medio correspondiente, nombrado y separado por el Director General del Ente, que lleva a cabo asimismo la ordenación, dirección y control de la gestión de las tres sociedades. Así se establece en el artículo 11 del Estatuto: con carácter general, tiene asignadas las funciones de "impulsar, orientar, coordinar e inspeccionar... las Sociedades estatales y dictar las disposiciones, instrucciones y circulares relativas al funcionamiento o a la organización interna de las mismas" (apartado c), nombrando a todo el personal directivo de las tres sociedades (apartado f). Se establece, pues, un régimen excepcional de gobierno y administración de estas sociedades como consecuencia de la incidencia en su gestión de actuaciones de órganos extrasociales⁴¹⁹.

La figura del Delegado del Gobierno se ha utilizado, por

⁴¹⁷En ello difiere de los miembros del Consejo, cargo que suele recaer en miembros de la corporación, con marcado carácter político. Cfr. ARANGUREN URRIZA: **Los órganos de la sociedad anónima**. en AA.VV: Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. cit. pág.493.

⁴¹⁸Vid. artículo 2. 5 de la Ley 25 septiembre 1941.

⁴¹⁹MARTIN-RETORTILLO BAQUER: **Derecho Administrativo Económico**. I. cit. pág.294.

regla general, para ordenar y controlar la prestación del servicio que la empresa en cuestión realiza, y ha sido generalizada en el artículo 206 del RCE para todas las sociedades de economía mixta que sean concesionarias de servicios públicos y en las que el capital público no sea mayoritario. Se ha utilizado, así, en sociedades anónimas gestoras de monopolios fiscales, como Tabacalera S.A. y Campsa, y en algunos servicios de especial relevancia, como Telefónica S.A., la Red de distribución eléctrica S.A. o las concesionarias de la explotación de autopistas. Su función es transmitir a la empresa las directrices que acerca de su gestión puede establecer el Gobierno, ejerciendo una permanente fiscalización de ésta. En algunos supuestos, la Administración le encomienda además la aprobación de determinadas inversiones, la intervención de la contabilidad social, etc⁴²⁰.

e) El órgano de administración de la sociedad de responsabilidad limitada.

Los artículos 43 y siguientes de la LSRL de 1995 regulan los órganos sociales, que son los administradores y la Junta general.

El artículo 57 LSRL establece que "la administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración". En consecuencia, el órgano de administración puede adoptar todas las formas de organización que regula el artículo 124 del RRM: como en la SA, pueden existir uno o varios administradores, con facultades conjuntas o solidarias; los administradores pueden ser socios o no⁴²¹; el nombramiento

⁴²⁰Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho Administrativo Económico*. I. cit. pág.270.

⁴²¹Cfr. el artículo 58. 2 LSRL: "Salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requerirá la condición de socio".

se efectúa por acuerdo de la Junta general (artículo 58. 1 LSRL); la relación jurídica que une al administrador con la sociedad es la misma; el ámbito legal de sus facultades y de su representación, así como la revocación y el régimen de responsabilidad, también coinciden. Podrán nombrarse suplentes de los administradores para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos (artículo 59 LSRL). Las especialidades de su régimen se regulan en los artículos 65 y 66 LSRL. El artículo 65 establece que los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad mediante acuerdo de la Junta general; se trata de una prohibición de competencia más rigurosa que la prevista para los administradores de la SA. Por su parte, el artículo 66 establece el carácter gratuito del cargo de administrador, "a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución", estableciendo la propia Ley ciertas limitaciones (artículo 66. 2 y 3).

El artículo 60 LSRL establece que los administradores de SRL ejercerán el cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración. El artículo 68 LSRL establece también que podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la Junta general, aun cuando la separación no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (artículo 68. 2 LSRL).

7. 6. 1. 3. 2. Los supuestos dudosos.

a) La delegación de funciones.

El problema que se aborda en las siguientes páginas ha merecido un exhaustivo tratamiento en la doctrina penal italiana. Basta poner un ejemplo para comprobar que no se trata de una mera disputa estéril sobre conceptos propios del Derecho mercantil: el Consejo de administración de una sociedad mercantil delega a un "vice-director general" una función que implica la disponibilidad sobre una parte del patrimonio social. El vice-director realiza una conducta que podría ser constitutiva de un delito de administración social fraudulenta. El artículo 296 del PCP de 1994 únicamente señala como posibles sujetos activos de dicho delito societario a los administradores de hecho o de derecho de la sociedad mercantil.

En la delegación de funciones intervienen dos sujetos, el delegante y el delegado. Los miembros del Consejo de administración que efectúan la delegación reúnen la cualificación subjetiva exigida por la ley, pero no ejercitan las funciones que son penalmente relevantes a efectos del artículo 296; por su parte, el delegado no goza de la cualificación subjetiva pero ejerce las funciones. De esta escisión entre la titularidad y el ejercicio de las funciones pueden derivarse algunas consecuencias de relevante entidad en lo que respecta a la responsabilidad penal de los sujetos intervinientes. No obstante, se ha de analizar previamente la configuración de la delegación de funciones en el Derecho mercantil, pues no siempre el delegado tendrá la consideración de extraneus a efectos de la delimitación de la categoría de autor de los delitos societarios.

El tema de la delegación de funciones presenta dos aspectos netamente diferenciados: uno que podemos definir como "interno" y otro que cabe denominar "externo"⁴²². El Derecho mercantil únicamente considera delegación de funciones la que se produce en el seno del Consejo de administración, esto es, la efectuada

⁴²²LA MONICA: *Diritto penale commerciale*. I. cit. pág.107. Vid. también LOJENDIO OSBORNE en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): *Derecho Mercantil*. I. 1992, cit. págs.287 y siguiente.

en favor de quien es ya consejero, la "interna"; la delegación de funciones "externa", realizada a favor de quien no goza de dicha cualidad, es meramente un apoderamiento, difiriendo notablemente el régimen jurídico entre ambas figuras⁴²³.

Con respecto al aspecto interno, debemos tener en cuenta que el ensanchamiento de la base plural de los Consejos de administración, consecuencia muchas veces de la voluntad de asegurar el poder sumando a él determinados accionistas, y la consiguiente ampliación del número de consejeros, acaban mostrándose incompatibles con las exigencias de una gestión rápida y eficaz, produciéndose entonces un nuevo desplazamiento de poder en el seno del propio Consejo. Las facultades se concentran en un círculo más reducido de personas que son quienes asumen las funciones de gestión, dirección y representación, los llamados por la Propuesta de Quinta Directiva comunitaria consejeros gestores, frente a los consejeros "durmientes", que se limitan a una progresiva dejación de sus competencias⁴²⁴. La misión del Consejo se reduce entonces a fijar, en ocasiones al dictado, las líneas generales de la política de la sociedad, supervisando, también de manera más formal que real, la actuación de los verdaderos administradores⁴²⁵. A través de este mecanismo el Consejo ha dejado de ser en las grandes sociedades el verdadero órgano de administración para quedar reducido a un órgano que asume un papel de orientación, control y aprobación formal de decisiones tomadas y preparadas fuera de él⁴²⁶.

La delegación de funciones "interna" no es un tipo de

⁴²³La práctica suele confundir la delegación con el simple apoderamiento. Cfr. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág.309.

⁴²⁴Cfr. VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. pág.670.

⁴²⁵Cfr. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág.300; GARRIGUES/ URIA: *Comentario a la LSA*. II. cit. págs.11 y siguientes.

⁴²⁶Vid. por todos BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág.300; GARRIGUES/ URIA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. II. cit. pág.137.

apoderamiento, como ya he adelantado. Debe recaer en consejeros (artículo 141 LSA), ya sea nombrando consejeros delegados, ya comisiones ejecutivas⁴²⁷. Si se trata de delegación permanente, requiere el acuerdo de dos tercios de los componentes del Consejo, debe ser inscrita en el Registro Mercantil no produciendo entre tanto efectos (artículos 141. 2 LSA y RRM), y caduca con el propio cargo de administrador⁴²⁸. En el caso de que los estatutos regulen con carácter imperativo un Consejo de administración y una Comisión ejecutiva o varios consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias (artículo 124. 1 RRM), el acuerdo de delegación del Consejo se limita al nombramiento de los delegados⁴²⁹. Cuando la administración no es colegial, esto es, en caso de administrador único, éste no puede delegar y sí sólo apoderar, pues en otro caso no se cumpliría el requisito de que el delegado sea administrador⁴³⁰, mientras que entre administradores solidarios

⁴²⁷El consejero delegado o la comisión ejecutiva son órganos de la sociedad, y ostentan su representación legal como si fueran el mismo Consejo de administración, del que funcionan como "una parte dotada de facultades autónomas". Cfr. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1º. 1991, cit. pág.673. Vid. también ESTEBAN VELASCO en ALONSO UREBA y otros: **Derecho de Sociedades Anónimas**. I. cit. págs.369 y siguientes.

⁴²⁸Vid. ampliamente FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: **Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas**. 1993, cit. págs.33 y siguientes.

⁴²⁹Cfr. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1º. 1991, cit. pág.672. En opinión de ESTEBAN VELASCO en ALONSO UREBA y otros: **Derecho de Sociedades Anónimas**. I. cit. pág.373, hay sólo una diferencia de grado entre esta delegación estatutaria y la potestiva, que radica en que en la primera se sustrae del poder del Consejo la decisión sobre la creación o supresión del o de los órganos delegados y sobre la atribución y eventual modificación de las facultades delegadas.

⁴³⁰La DGRN, en tres Resoluciones de 13, 14 y 15 octubre 1992 (BOE núm.297, de 11 diciembre, y núm.302, de 17 diciembre), ha señalado que, si bien en el ámbito societario se ha producido la cristalización de la expresión "delegación de facultades del órgano de administración" para referirse a la hipótesis de verdadera representación orgánica, y que tal delegación sólo es viable técnicamente en los casos en que la gestión social se confiera a un órgano colegiado.

o mancomunados no tiene sentido la delegación⁴³¹. Por otro lado, no cabe la subdelegación, puesto que la facultad de delegar corresponde únicamente al Consejo, ya que se delegan facultades exclusivas del mismo.

Finalmente, el artículo 141 LSA contempla la posibilidad de designar varios consejeros delegados, pudiendo nombrarse con facultades distintas o idénticas. En este último caso puede ordenarse su actuación colectiva o colegial, o su actuación solidaria o combinaciones de ambas, cabiendo el nombramiento por zonas o la combinación de atribuciones por materias y zonas. El nombramiento de una Comisión ejecutiva presenta los problemas derivados de su actuación colegiada, si bien su libertad de organización es total, ya que la ley no ha establecido unas garantías mínimas para su funcionamiento, como sucede con el Consejo de administración. La delegación de facultades en una Comisión ejecutiva con actuación administrativa permanente es frecuente y compatible con la existencia de uno o más consejeros delegados⁴³².

En ningún caso puede ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella⁴³³.

El apoderamiento, aun siendo general, puede recaer en cualquier persona, sea o no consejero o administrador, y sólo es obligatoria la inscripción cuando se trate de poder general o para actos concretos si éstos son inscribibles en el Registro

⁴³¹Cfr. RODRIGUEZ ARTIGAS: *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración*. Madrid, 1971, pág.189; ARANGUREN URRIZA: *Los órganos de la sociedad anónima*. cit. pág.565; ESTEBAN VELASCO en ALONSO UREBA y otros: *Derecho de Sociedades Anónimas*. I. cit. pág.360.

⁴³²URIA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.345.

⁴³³Cfr. FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. pág.33.

Mercantil (artículos 22 C.Co. y 94. 5 RRM y R. de 25 de agosto de 1976). Los apoderamientos aparecen configurados en la norma como contrapuestos y distintos a las delegaciones, incluso a las temporales. Los apoderados no tienen la naturaleza de órgano social, ni forman parte del consejo de administración como los cargos delegados en cuanto no ostentan la cualidad de administradores, ni son representantes necesarios o legales de la sociedad, sino puramente voluntarios⁴³⁴. El otorgamiento del poder corresponde a los administradores o al Consejo, pudiendo ser conferido asimismo por los cargos delegados, dada la ausencia de limitaciones legales al respecto y que forman parte del órgano de administración⁴³⁵; en ningún caso podrá ser otorgado por la Junta general⁴³⁶. El caso de un apoderado no consejero constituye la delegación de funciones "externa" de la que tratábamos supra.

Las precisiones que he realizado tienen relevancia a la hora de delimitar quién debe responder por el delito societario cometido por un consejero delegado y por el cometido por un apoderado no consejero. En el primer caso se trata de un sujeto que reúne la cualificación subjetiva requerida por la ley, es administrador de derecho, por lo cual su consideración como sujeto activo de los delitos societarios especiales no es problemática. La responsabilidad que pueda corresponder al órgano delegante dependerá de la posibilidad de apreciar la existencia

⁴³⁴Cfr. por todos FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: **Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas**. 1993, cit. pág.38; LOJENDIO OSBORNE en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): **Derecho Mercantil. I**. 1992, cit. pág.288. Vid. también la Resolución de la DGRN de 26 febrero 1991, que niega la admisión de la cláusula estatutaria que establece que el Consejo de administración estará compuesto por consejeros y apoderados generales, entendiendo que se trata de dos supuestos que han de estar claramente diferenciados.

⁴³⁵Vid. GARRIGUES/ URIA: **Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. II**. cit. pág.145.

⁴³⁶Cfr. FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: **Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas**. 1993, cit. pág.63.

de autoría o participación activas o en comisión por omisión⁴³⁷. En el segundo caso, apoderado no consejero, los problemas que se planteen deben resolverse también en sede de autoría y participación, teniendo en cuenta que se trata de un sujeto no cualificado que realiza un delito especial.

También debemos distinguir las figuras del consejero delegado y del gerente o director-gerente. Los estatutos sociales usan de forma confusa los términos gerente, director-gerente o director general, lo que da lugar a que en ocasiones se le deba considerar como administrador y otras como apoderado.

El consejero delegado ha de ser un consejero, constituyendo la facultad de delegar una facultad de proceder a crear nuevos cargos a los que se dote de determinadas competencias, nombrando las personas que los desempeñen, para ejercitar así en una forma orgánica distinta la función que como órgano corresponde al propio Consejo, siendo la inscripción constitutiva si la delegación es permanente. Es sin duda un administrador de derecho, como he adelantado.

En ocasiones, los estatutos sociales⁴³⁸ colocan al lado del órgano colegiado de administración un órgano unipersonal que, con la denominación de director gerente, o director general, comparte con el Consejo ciertas funciones administrativas, delimitando al efecto las respectivas esferas de competencia de un órgano y otro⁴³⁹. La legislación mercantil distingue claramente entre el

⁴³⁷Cfr. FIORELLA, A.: *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*. Firenze, 1985, pág.14. Vid. GRACIA MARTIN: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*. cit. pág.223.

⁴³⁸La LSA sólo hace una escueta referencia a esta figura, al indicar que "los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales" (artículo 104. 2 LSA). Vid. también el artículo 283 C.Co., que lo equipara al factor.

⁴³⁹Cuando no esté previsto otro órgano de administración, es evidente que el llamado gerente tendrá la consideración de administrador único, y si hay dos serán administradores

director general y los administradores, pues el primero "desarrolla en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo" (artículo 95 LMV), estando ligado a la sociedad no por una relación orgánica sino laboral, si bien del más alto nivel⁴⁴⁰. El director es un apoderado general⁴⁴¹, y su responsabilidad, tanto penal como civil, no es la propia de los administradores; en el campo civil será la del mandatario retribuido, respondiendo de culpa leve e incluso levísima, mientras que en el aspecto penal no es sujeto activo de los delitos societarios especiales, al no poder ser considerado como administrador de hecho o de derecho de la sociedad mercantil. Señalemos, no obstante, que en la legislación comparada se prevé expresamente su inclusión como sujeto activo de los delitos societarios⁴⁴².

solidarios o mancomunados, según establezcan los propios estatutos. En este supuesto, la denominación de gerente no supone más que el empleo de un término económico para designar un cargo jurídico como es el de administrador. Cfr. FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. pág.68.

La doctrina mayoritaria entiende que si el cargo de director-gerente aparece configurado en los Estatutos y deslindadas sus facultades, el nombramiento no constituye apoderamiento sino designación para un órgano con facultades propias y distintas, no subordinadas a las del Consejo. Cfr. ARANGUREN URRIZA: *Los órganos de la sociedad anónima*. cit. pág.563.

⁴⁴⁰Cfr. CONTI: *I soggetti*. cit. pág.198; VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. pág.677. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que también la prestación del cargo de administrador puede venir fundada en un contrato de trabajo, en cuyo caso la doctrina estima que la perfección del contrato de trabajo es simultánea a la del contrato "de administración", que comporta una relación presidida por la libre separabilidad y una duración máxima de cinco años con posibilidad de reelección por plazos sucesivos. Cfr. ARANGUREN URRIZA: *Los órganos de la sociedad anónima*. en AA.VV: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. 1990, cit. pág.492.

⁴⁴¹Vid. por todos LOJENDIO OSBORNE en JIMENEZ SANCHEZ (coord.): *Derecho Mercantil*. I. 1992, cit. pág.288.

⁴⁴²Vid. por ejemplo los artículos 2621, 2622, 2624 y 2628 del C.c. italiano. Ampliamente sobre la extensión del concepto de "*direttore generale*", vid. TAGLIARINI: *Disposizioni*

En aquellos casos en que el director gerente o director general reúna la doble condición de director y administrador, no cabrá duda acerca de la posibilidad tanto de aplicarle el régimen civil de responsabilidad social como de considerarlo sujeto activo de los delitos societarios.

b) El presidente de la Junta general.

La reunión de la Junta general exige la previa constitución de la mesa, encargada de realizar una serie de funciones fundamentales para el desarrollo de la reunión⁴⁴³. La LSA quiere que la mesa esté constituida cuando menos por un presidente y un secretario, pero deja al arbitrio de los estatutos la determinación de las personas que han de ocupar esos cargos, y sólo dispone acerca de las mismas para el supuesto de que los estatutos no decidan sobre el particular.

La designación del presidente en los estatutos podrá hacerse nominalmente o mediante la determinación de los requisitos que deben concurrir en el mismo, su oficio o cargo⁴⁴⁴. En la práctica se han seguido diversos sistemas; así, la pertenencia del presidente a un grupo determinado de socios o de acciones, la rotación periódica en el cargo entre los socios, la mayor edad o mayor antigüedad, etc.

penali in materia di società e di consorzi. cit. págs.606 y siguiente.

⁴⁴³Entre otras, admitir los accionistas a la reunión, examinar los poderes de los representantes, formar la lista de asistentes y resolver las dudas, dirigir los debates, conceder la palabra, mantener el orden, levantar el acta, certificar acerca de los acuerdos tomados en la junta, etc. Ni la mesa ni su presidente son órganos sociales. Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: *La Junta general de accionistas*. cit. pág.229.

⁴⁴⁴Vid. GIRON: *Derecho de Sociedades anónimas*. 1952, cit. pág.298; VELASCO ALONSO: *La Ley de Sociedades Anónimas*. 5ª ed. Madrid, 1982, pág.337.

Es normal que los miembros de la mesa, incluido el presidente, sean elegidos entre los accionistas, pero nada se opone a que pueda ser llamada a presidir la Junta una persona que no reúna la condición de socio⁴⁴⁵. En el caso de convocatoria judicial, la ley faculta al Juez para la designación del presidente (artículo 101 LSA).

En el supuesto de silencio de los estatutos, la LSA quiere que la Junta general sea presidida por el presidente del Consejo de administración, y a falta de éste por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión. El confiar la presidencia de la Junta al presidente del Consejo de administración constituye una práctica estatutaria normal⁴⁴⁶.

Como vemos, el presidente de la Junta general puede ser o no un administrador. En caso de que coincidan en él los cargos de presidente de la Junta general y presidente del Consejo de administración, o la condición de administrador, podrá ser considerado sujeto activo de los delitos societarios especiales. En otro supuesto, no, produciéndose inexplicables lagunas de punibilidad. Por ejemplo, el presidente de la Junta general es, por regla general, junto con los demás miembros de la mesa (especialmente, el secretario), quien tiene mayores posibilidades de realizar las conductas delictivas consistentes en negar o impedir el ejercicio de los derechos de los socios: así, atribuir indebidamente el voto a quien carece del mismo, impedir el ejercicio de los derechos de asistencia, representación, voz, información, voto, etc. de los socios... Y ello puesto que entre sus funciones se hallan la formación de la lista o relación de accionistas asistentes a la Junta, personalmente o representados, expresando en ella el número de acciones propias o ajenas con que concurran, a efectos de determinar el número de socios y el capital desembolsado concurrente a la reunión (artículos 98 y 111

⁴⁴⁵Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La junta general de accionistas. cit. pág.225.

⁴⁴⁶Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La junta general de accionistas. cit. pág.226.

RRM), excluir de la Junta a los extraños no legitimados, dirigir y ordenar el desarrollo de los debates, concediendo y retirando la palabra a los socios y haciendo observar el orden del día, resolver las dudas que puedan suscitarse respecto a la aplicación de los estatutos, valorar la oportunidad de las informaciones pedidas por los socios (artículo 112), declarar suficientemente discutidos los asuntos y ordenar que se proceda a la votación, determinando en su caso quiénes están legitimados para ejercitar el voto, etc.

c) El secretario de la Junta general y del Consejo de administración.

La figura del secretario está muy parcamente regulada en escasos preceptos dispersos en la normativa que se refiere a las reuniones de los órganos sociales⁴⁴⁷. No obstante, su cercanía al centro o a la persona que toma las decisiones en la sociedad ha hecho de él un personaje cada vez más imprescindible por su profesionalización y funcionarización. Su función de asesoramiento del presidente del Consejo debe ser una garantía del correcto funcionamiento jurídico de la sociedad mercantil, que permita a los administradores y demás cargos directivos despreocuparse de todas aquellas cuestiones formales y jurídicas y dedicar toda su atención a la gestión de los negocios sociales.

Ahora bien, ¿se trata de un administrador?. En el Derecho continental, y también en el español, coinciden a menudo los

⁴⁴⁷Vid. por ejemplo el artículo 110. 2 LSA: "El Presidente estará asistido por un Secretario designado también por los Estatutos o por los accionistas asistentes a la Junta". Son también de interés las disposiciones relativas al ejercicio del cargo en el RRM en materia de certificación de las actas y acuerdos de los órganos colegiados de la sociedad (artículo 109. 1 a) RRM) y de elevación a instrumento público de los acuerdos sociales (artículo 108. 1 RRM).

cargos de consejero y secretario del Consejo⁴⁴⁸, en cuyo caso podrá ser sujeto activo de los delitos societarios especiales. En efecto, la práctica estatutaria, que es la que suele ser más rica en preceptos sobre el secretario, ha consagrado algo que en la LSA sólo se apunta implícitamente: la coincidencia en un consejero de los cargos de secretario de la Junta general y del Consejo de administración y su consideración como secretario de la sociedad⁴⁴⁹. No obstante, en los casos en que no se produzca dicha coincidencia, esto es, cuando el secretario no es administrador de derecho ni ha ejercido de hecho funciones de administración⁴⁵⁰, no es posible considerarlo sujeto activo de los delitos societarios especiales.

Actualmente, la práctica parece tender al nombramiento de secretarios no consejeros, reuniendo además en una sola figura las funciones de secretario y letrado asesor⁴⁵¹. En la

⁴⁴⁸Cfr. POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.501.

⁴⁴⁹Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La junta general de accionistas. cit. pág.230. Una tendencia doctrinal señaló, no obstante, la contradicción que comportaba ser secretario del Consejo y no pertenecer a él. Ello no obstante, se admitió históricamente el nombramiento de secretario no consejero. Cfr. CANO, L.: Un intruso en el Consejo. El Secretario no Consejero. "RCDI" 1990, págs.527 y siguientes; SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.289.

Vid. no obstante el artículo 109. 1 RRM, que otorga la facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles "a) Al Secretario y, en su caso, al Vicesecretario del órgano colegiado de administración, sea o no administrador..."

⁴⁵⁰Afirma la Resolución de la DRGN de 15 noviembre 1993 la admisibilidad del nombramiento de secretario no consejero por el Consejo, aunque tal figura no aparezca contemplada en los estatutos. Téngase en cuenta asimismo que no existe obstáculo legal para que, en su caso, los accionistas asistentes a la junta designen como secretario de la misma a cualquiera de las personas no accionistas que asistan a la reunión. Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La junta general de accionistas. cit. pág.230.

⁴⁵¹Cfr. ARANGUREN URRIZA: Los órganos de la sociedad anónima. cit. pág.458. Por regla general, dadas las peculiares funciones del secretario, ese cargo se confía a algún alto empleado de la sociedad. Cfr. SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.289; URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La junta general de accionistas. cit.

legislación vigente se acoge esta práctica societaria y se reconoce la figura del secretario no consejero: de manera expresa corresponde al secretario "sea o no administrador" la facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles (artículo 109. 1 a) RRM).

d) El Letrado asesor.

Siguiendo el precedente inglés, y con carácter general para todas las sociedades mercantiles, la Ley 39/1975, de 31 de octubre, desarrollada posteriormente por el Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, declaró obligatorio el nombramiento de un Letrado asesor del órgano individual o colegiado de administración, siempre que la sociedad reuniera determinados requisitos⁴⁵². Su misión específica es la de asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos que se adopten por el órgano de administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista⁴⁵³, y ello sin perjuicio de otras funciones que puedan asignarle los Estatutos sociales⁴⁵⁴ (artículo 1. 3 de la Ley 39/

pág. 225.

⁴⁵²Son los siguientes: a) tratándose de sociedades domiciliadas en España, que su capital sea igual o superior a 50 millones de pesetas, el volumen normal de sus negocios según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado alcance la cifra de 100 millones de pesetas, o la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores; b) tratándose de sociedades domiciliadas en el extranjero, cuando reúnan los dos últimos requisitos en su actividad en España (artículo 1. 1).

⁴⁵³El cumplimiento por la sociedad del mandato legal y el consiguiente asesoramiento debían constar en la documentación social y, por consiguiente, en el libro de actas del Consejo de administración, así como en las certificaciones que se expidiesen de todo acuerdo inscribible. Esta exigencia ha sido suprimida por la D. derogatoria 5ª de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE.

⁴⁵⁴Por ejemplo, la de secretario del Consejo de administración, encargado de redactar las actas, conservar el Libro de actas y expedir certificaciones. Cfr. POLO: Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad

1975).

Mediante la incorporación de esta figura en el funcionamiento de la sociedad se pretende impedir la adopción de acuerdos irregulares que den lugar al ejercicio de acciones de impugnación, garantizando así la corrección de la vida jurídica de la sociedad⁴⁵⁵. El asesoramiento sobre la legalidad material del acuerdo se refiere a la competencia para adoptarlo según lo establecido en la LSA y en los estatutos, y a su licitud. El Letrado debe, en fin, examinar si el acuerdo es lícito, válido y eficaz, procurando que no sea contrario a la Ley, a los estatutos y que no lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, los intereses de la sociedad (artículo 115. 1 LSA). De este modo, un acuerdo que pueda dañar los intereses sociales por su inoportunidad escapa a la competencia del Letrado asesor⁴⁵⁶.

La relación del Letrado asesor con la sociedad es profesional, aunque puede establecerse mediante contrato laboral (artículo 3). El Letrado asesor deberá pertenecer al Colegio de Abogados donde la sociedad tenga su domicilio, o donde desenvuelva sus actividades, y no podrá desempeñar esta función en más de cinco sociedades (artículos 1. 3 y 2. 1).

La sanción por el incumplimiento del mandato legal es la establecida en el artículo 1. 4 de la Ley 39/ 1975: "será objeto de expresa valoración en todo proceso sobre responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador". Para que tal previsión sea efectiva, a la violación de la

anónima. cit. pág.513; SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.405.

⁴⁵⁵Cfr. SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.404. Vid. también GARRIGUES/ URÍA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. pág.155.

⁴⁵⁶Cfr. SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.407.

obligación legal habrá de seguir un daño⁴⁵⁷.

Ahora bien, estos Letrados no devienen miembros del Consejo de administración⁴⁵⁸, ni ejercitan de hecho funciones de administración, razones por las cuales cabe negar la posibilidad de que sean sancionados como autores de los delitos societarios especiales.

e) Los promotores y los fundadores.

A diferencia de otras legislaciones que, como la italiana, prevén expresamente la incriminación, junto a los administradores, directores generales, síndicos y liquidadores, de los promotores y fundadores por la comisión de delitos societarios durante el proceso de fundación, en España no existe una regulación expresa.

La LSA regula el proceso de constitución de la sociedad previendo dos sistemas de diferente complejidad: la fundación sucesiva⁴⁵⁹ y la fundación simultánea⁴⁶⁰, en las cuales la intervención del poder público se limita a la exigencia de inscripción de la escritura en el Registro Mercantil. El principal dato diferenciador entre ambos sistemas radica en la forma de suscripción de las acciones y consecuente aportación de capital. En la fundación simultánea los fundadores suscriben en un solo acto todas las acciones (artículo 14. 1 LSA); en la

⁴⁵⁷Cfr. POLO: Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.519; SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.406.

⁴⁵⁸Cfr. BROSETA PONT: Manual de Derecho Mercantil. 1994, cit. pág.303, nota núm.5. Vid. también SALELLES CLIMENT: El funcionamiento del Consejo de Administración. cit. pág.404.

⁴⁵⁹"En forma sucesiva por suscripción pública de las acciones" (artículo 13 LSA).

⁴⁶⁰"En un solo acto por convenio entre los fundadores" (artículo 13 LSA).

sucesiva, la suscripción se realiza a través de un proceso con llamamiento al público que debe cumplir trámites y formalidades especiales.

La fundación simultánea gira en torno a la figura del fundador. Según el artículo 14. 1 LSA, son fundadores "las personas que otorguen la escritura social y suscriban todas las acciones". La primera nota es, pues, ser otorgante de la escritura, lo que puede hacer el fundador por sí o a través de representante⁴⁶¹. La LSA contempla también la representación indirecta, es decir, la actuación por cuenta e interés de otro pero en nombre propio, ocultando la representación y el real interés económico, en cuyo caso fundador es quien aparece en la escritura, pero se extiende la responsabilidad civil a las personas por cuya cuenta actúa (artículo 18. 2 LSA)⁴⁶². La segunda nota del concepto de fundador es la suscripción de acciones; todas las acciones tienen que estar suscritas, de manera que en el origen de la sociedad fundador equivale a socio⁴⁶³.

Con respecto a las obligaciones y responsabilidad de los fundadores, cabe señalar que desde el momento del otorgamiento de la escritura nace a su cargo la obligación "de presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social la escritura de constitución en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su otorgamiento". El incumplimiento desata su responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios causados (artículo 17. 2 LSA). Responden, además, "de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias",

⁴⁶¹Cfr. SACRISTAN REPRESA: **Concepto y número mínimo de fundadores**. cit. págs.466 y siguiente.

⁴⁶²Cfr. SACRISTAN REPRESA: **Concepto y número mínimo de fundadores**. cit. pág.467. Vid. también QUIJANO GONZALEZ, J.: **Responsabilidades derivadas del proceso fundacional**. en ALONSO UREBA y otros: **Derecho de Sociedades Anónimas**. I. cit. págs.434 y siguientes.

⁴⁶³Cfr. DE LA CAMARA ALVAREZ: **Estudios de Derecho Mercantil**. I. Madrid, 1977, pág.491; GARRIGUES/ URIA: **Comentario a la LSA**. I. 1976, cit. pág.227.

aumentando así la garantía de la efectiva aportación patrimonial a la sociedad. También responden "de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución", que son gastos que corren normalmente a cargo de la nueva sociedad, y de los cuales los fundadores responden como mandatarios. Y, por último, son responsables "de la constancia en la escritura de constitución de las menciones exigidas en la ley" y, en general, "de la exactitud de cuantas declaraciones hagan en aquélla"⁴⁶⁴.

El proceso de fundación sucesiva, por su parte, se desarrolla en varias fases. En primer lugar, los promotores han de comunicar a la CNMV el proyecto de emisión (artículo 20.1 LSA), con anterioridad a la realización de cualquier publicidad de la sociedad proyectada, acompañado de un informe de viabilidad, documentos sobre las acciones y sus derechos y un folleto informativo, firmado también por los intermediarios financieros que se encarguen de la emisión. Son ellos los que redactan el programa de fundación, que ha de ser suscrito por todos (artículo 21 LSA), y que debe contener, además de la identificación de los promotores y el texto literal de los estatutos, otros datos exigidos por el artículo 20 LSA.

Los promotores no tienen que ser, pues, socios. Impulsan la constitución de la sociedad, y desde el punto de vista de su caracterización ofrecen semejanzas con los mediadores y los gestores de negocios ajenos⁴⁶⁵.

Los promotores, en sus actuaciones dirigidas a la constitución de la sociedad, se pueden obligar frente a terceros. La LSA establece que responden solidariamente del cumplimiento de sus obligaciones, las cuales, por otra parte, son asumidas por la sociedad una vez constituida, siempre que su gestión haya sido

⁴⁶⁴Vid. ampliamente, QUIJANO GONZALEZ: **Responsabilidades derivadas del proceso fundacional**. cit. págs.423 y siguientes.

⁴⁶⁵Cfr. GOMEZ MENDOZA, M.: **Derechos especiales de fundadores y promotores**. en ALONSO UREBA y otros: **Derecho de Sociedades Anónimas**. I. cit. pág.807.

aprobada por la Junta constituyente o que los gastos hayan sido necesarios. Los promotores responden frente a la sociedad y frente a terceros "de la realidad y exactitud de las listas de suscripción, que han de presentar a la Junta constituyente; de los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión; de la veracidad de las declaraciones contenidas en dicho programa y en el folleto informativo, y de la realidad y efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias" (artículo 32 LSA)⁴⁶⁶. Por otra parte, según el artículo 23 LSA, "las aportaciones serán indisponibles hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil, salvo para los gastos de notaría, de registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción".

Son requisitos comunes a los dos procedimientos de fundación la escritura pública y la inscripción en el Registro. En la escritura, además de otros datos exigidos por los artículos 8 LSA y 114 RRM, se ha de hacer constar la identidad de las personas, físicas o jurídicas, que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad.

La LSA admite que los fundadores, en caso de fundación simultánea, o los promotores, si se opta por la sucesiva, se reserven unas remuneraciones, ventajas o derechos especiales (artículo 11), pero los somete a unos límites que tienen carácter inderogable con el fin de evitar abusos⁴⁶⁷. El pacto en el que se conceden esas ventajas han de constar en los estatutos (artículo 9 m. LSA). Los derechos especiales no deben exceder del diez por ciento de los beneficios netos, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal, ni superar los diez años de vida, con el fin de evitar una carga demasiado larga o perpetua para la sociedad.

⁴⁶⁶Sobre la responsabilidad civil de los promotores, vid. ampliamente QUIJANO GONZALEZ: **Responsabilidades derivadas del proceso fundacional**. cit. págs.437 y siguientes.

⁴⁶⁷Vid. ampliamente GOMEZ MENDOZA: **Derechos especiales de fundadores y promotores**. cit. págs.801 y siguientes.

Ahora bien, fundadores y promotores así como terceros colaboradores pueden conseguir remuneraciones por cauces diferentes de los previstos en el ordenamiento, y sin quedar sometidos a las cautelas mencionadas. Cada vez es más frecuente el caso del socio que participa en una sociedad porque ésta le garantiza, a él o a personas o sociedades vinculadas, contratos especiales de suministro o de compra de determinados bienes⁴⁶⁸. Si estos contratos resultan gravemente desventajosos para la sociedad, podrían darse supuestos semejantes a los tipificados en el delito de administración social fraudulenta.

Tanto los fundadores como los promotores, pero especialmente éstos últimos, pueden realizar conductas idénticas a algunas que han sido tipificadas como delitos societarios; basta pensar en que los promotores incluyan datos falsos en la documentación que han de depositar en la CNMV, que impidan obtener una visión ponderada de la sociedad en formación y de sus posibilidades, o en que los fundadores efectúen un depósito ficticio o simulado de lo aportado por los nuevos socios, que no entreguen ni pongan a disposición la cantidad depositada en favor de la sociedad por la entidad depositaria, etc., afectando a la realidad de la aportación.

En la fase fundacional se da la presencia de un conjunto de intereses que se encuentran en una especial situación de riesgo, en la medida en que aparecen como expectativas de posiciones jurídicas aún no consolidadas, cuyo contenido puede verse afectado por la actividad fundadora de otras personas sin que puedan utilizar todavía los mecanismos de protección que presupone una sociedad en funcionamiento. Al interés de la propia sociedad en trance de fundación se une el de los socios, el de terceros, acreedores o no, el interés general en el correcto funcionamiento de las sociedades, también en la fase fundacional, etc.

⁴⁶⁸Cfr. GOMEZ MENDOZA: **Derechos especiales de fundadores y promotores.** cit. pág.802.

La idea central de la responsabilidad civil de promotores y fundadores aparece clara: la ley considera a estas personas garantes de la corrección y regularidad de la fundación, precisamente por el papel relevante que desempeñan en ella; esa peculiar posición de garantes ex lege se materializa en una responsabilidad específica por supuestos tasados en la propia LSA⁴⁶⁹.

Ahora bien, con respecto a la responsabilidad penal no queda sino negar que puedan ser considerados sujetos activos de los delitos societarios especiales, salvo que hayan ejercido de hecho funciones de administración, puesto que la legislación mercantil distingue claramente las figuras de promotores y fundadores de los administradores. Con ello se produce una laguna de criminalización en la etapa inicial de vida de la sociedad, período crítico que debería poder ser tutelado también a través de los delitos societarios, puesto que tanto los intereses como los bienes jurídicos que son objeto de protección en éstos se hallan ya presentes en esa etapa inicial de la vida social.

f) Los liquidadores.

Durante la fase de liquidación desaparece el órgano de administración, sustituido por el órgano de liquidación o liquidadores, que constituyen el órgano de administración y representación de la sociedad durante el proceso de liquidación⁴⁷⁰. Y, si bien el artículo 267. 1 LSA da a entender

⁴⁶⁹Cfr. QUIJANO GONZALEZ: Responsabilidades derivadas del proceso fundacional. cit. pág.416.

⁴⁷⁰Cfr. EIZAGUIRRE/ DE ANGULO RODRIGUEZ: Disolución y Liquidación. Obligaciones. cit. pág.131. Durante la liquidación pueden actuar también las siguientes personas:

a) Un interventor designado por el Juez de primera instancia del domicilio social, cuando lo soliciten los accionistas que representen la vigésima parte del capital social. Su misión es fiscalizar las operaciones de liquidación.

b) Un interventor designado por el sindicato de

que admite la concurrencia durante la liquidación de los dos órganos, de administración y de liquidación, el cese y por tanto la desaparición del órgano de administración como tal es un punto indiscutido tanto en el Derecho mercantil comparado como en el nuestro⁴⁷¹. A ello se añade que la normativa sobre nombramiento, formas de organización del órgano de liquidación, obligaciones y cese es diferente de la propia del órgano de administración, pese a lo cual se reconoce en la doctrina que los liquidadores ocupan una posición jurídica muy parecida a la que tienen los administradores durante el período de vida social activa⁴⁷².

Puesto que sustituyen a los administradores, los liquidadores ostentan en principio sus mismas facultades de gobierno, gestión y representación de la sociedad⁴⁷³, si bien deberán ser ejercidas al servicio de las operaciones de la liquidación señaladas en el artículo 272 LSA, que recoge las

obligacionistas, con la misma finalidad.

c) Un interventor designado por el Gobierno cuando el patrimonio de la sociedad en liquidación sea cuantioso, o cuando exista un gran número de accionistas u obligacionistas, u otra causa que lo justifique (artículo 270 LSA). Su función es intervenir y presidir la liquidación, y velar por el cumplimiento de las leyes y del estatuto social.

⁴⁷¹Vid. por todos EIZAGUIRRE/ DE ANGULO: *Disolución y Liquidación. Obligaciones*. cit. págs.129 y siguientes; FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. pág.137; SANCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.335; VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 2°. 1991, cit. pág.909. Se admite, eso sí, la continuidad interina de los administradores, con facultades limitadas, hasta que se convoque una reunión de la Junta para designar a los liquidadores. Vid. por todos GIRON TENA: *Derecho de Sociedades*. I. 1976, cit. pág.701. Son frecuentes las cláusulas estatutarias que prevén la transformación del órgano de administración en órgano de liquidación.

⁴⁷²Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ BELTRAN: *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*. cit. pág.109.

⁴⁷³Cfr. SANCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.335; VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 2°. 1991, cit. págs.910 y siguiente.

funciones concretas encomendadas a los liquidadores⁴⁷⁴. La doctrina mercantilista⁴⁷⁵ afirma la necesidad de extender analógicamente a los liquidadores la responsabilidad civil propia de los administradores frente a la sociedad, ejercitable durante el período de la liquidación, y que cesa con la extinción de la sociedad.

El problema de la responsabilidad penal de los liquidadores surge como consecuencia del importante papel que desempeñan en ese proceso necesario que es la liquidación, tendente a procurar los dos presupuestos que permiten alcanzar la finalidad última de la extinción del ente social⁴⁷⁶: la desintegración de todos los negocios jurídicos que ligan al ente social con terceros, con el fin de delimitar exactamente el patrimonio social neto; y la distribución entre los accionistas del patrimonio resultante, concreción del derecho a la cuota de liquidación que ostenta cualquier miembro de una sociedad anónima⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴Artículo 272 LSA: "...a) Suscribir, en unión de los administradores, el inventario y balance de la sociedad al tiempo de comenzar sus funciones con referencia al día en que se inicie la liquidación. b) Llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad, y velar por la integridad de su patrimonio. c) Realizar aquellas operaciones comerciales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. d) Enajenar los bienes sociales... e) Percibir los créditos y dividendos pasivos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación... f) Concertar transacciones y arbitrajes cuando así convenga a los intereses sociales. g) Pagar a los acreedores y a los socios ateniéndose a las normas que se establecen en esta Ley. h). Ostentar la representación de la sociedad para el cumplimiento de los indicados fines". Sobre estas funciones, vid. ampliamente URÍA/ MENENDEZ/ BELTRAN: *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*. cit. págs.141 y siguientes.

⁴⁷⁵Vid. por todos EIZAGUIRRE/ DE ANGULO: *Disolución y Liquidación. Obligaciones*. cit. pág.236; URÍA/ MENENDEZ/ BELTRAN: *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*. cit. págs.221 y siguientes.

⁴⁷⁶Cfr. GIRON TENA: *Derecho de Sociedades*. I. 1976, cit. págs.338 y siguientes.

⁴⁷⁷Sobre la configuración de este derecho en nuestro ordenamiento mercantil, vid. extensamente MUÑOZ MARTIN, N.: *Disolución y derecho a la cuota de liquidación de la Sociedad Anónima*. Valladolid, 1991, págs.283 y siguientes.

En esta actividad están implicados intereses de diverso signo⁴⁷⁸, entre los que destacan los de los acreedores, que pretenden la correcta determinación del patrimonio social sobre el que hacer efectivos sus créditos, y los de los socios, que tratan de lograr la virtualidad de su derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación.

Durante el proceso de liquidación es posible que los liquidadores realicen conductas semejantes a las tipificadas como delitos societarios. Como ejemplo baste mencionar la enajenación de bienes sociales en condiciones manifiestamente desventajosas para la sociedad, favoreciendo a un tercero, sin causa bastante que lo justifique, o la falta de ejercicio de las acciones que corresponden a la sociedad contra terceros o contra los propios socios, dando lugar a que esos derechos se pierdan o perjudiquen, o la presentación de informaciones falsas sobre el estado de la liquidación⁴⁷⁹.

En esta situación, cabe preguntarse si la normativa penal societaria que afecta a los administradores de sociedades mercantiles es también de aplicación a los liquidadores de dichas sociedades⁴⁸⁰. En otras legislaciones, como la italiana⁴⁸¹, la

⁴⁷⁸Vid. ampliamente NICCOLINI: *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*. Milano, 1990, *passim*.

⁴⁷⁹Sobre el contenido del deber de los liquidadores de informar sobre la liquidación, vid. ampliamente URÍA/ MENENDEZ/ BELTRAN: *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*. cit. págs.169 y siguientes.

⁴⁸⁰En el Derecho comunitario se ha apreciado una tendencia a la equiparación entre los sistemas de responsabilidad civil de liquidadores y administradores. Un Anteproyecto de Propuesta de Directiva relativa a la disolución y liquidación de ciertas formas de sociedades de 1987 declara en su artículo 9 que "las legislaciones de los Estados miembros organizarán la responsabilidad civil de los liquidadores según las faltas cometidas en el cumplimiento de su misión, como mínimo según las mismas normas que se aplican a la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad". Otra prueba de ello nos es ofrecida por la Propuesta de Reglamento por el que se establece el Estatuto de la

alemana⁴⁸² o la francesa⁴⁸³, se ha visto un paralelismo entre la fase de gestión/ tutela del capital social/ responsabilidad penal de los administradores, y la fase de liquidación/ tutela de los acreedores sociales/ responsabilidad penal de los liquidadores, que ha justificado la específica previsión de estos sujetos como sujetos activos de determinados delitos societarios.

Ahora bien, el pre-legislador español no ha mostrado ningún interés en torno a las conductas delictivas de los liquidadores de sociedades, lo que se pone de manifiesto tanto en la regulación de los delitos societarios en el PCP de 1980, como en la PANCP de 1983, en el PCP de 1992 y en el Proyecto de 1994. Efectivamente, no se menciona en una sola ocasión a los liquidadores, que únicamente podrían considerarse sujetos activos de los delitos societarios en los casos en que éstos se tipifican

sociedad anónima europea, presentada por la Comisión al Consejo el 25 de agosto de 1989, el cual en su artículo 123 ordena la aplicación de las reglas sobre responsabilidad civil de los administradores a los liquidadores por las faltas cometidas en el desempeño de su misión.

No obstante, en España se mantiene una ordenación diversa para uno y otro sistema de responsabilidad civil, "a pesar de la apreciable semejanza de la posición jurídica que asumen los sujetos implicados". SANCHEZ-PARODI PASCUA, J. L.: *Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los liquidadores de la Sociedad Anónima*. "PJ" núm.30, 1993, pág.109.

⁴⁸¹Cfr. SAMORI: *Violazione di obblighi incombenti ai liquidatori*. en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. cit. pág.312.

⁴⁸²El Proyecto Alternativo alemán incluía a los liquidadores entre los sujetos activos de los delitos de abuso de facultades sociales (parágrafo 180), exposición incorrecta en balances e informes comerciales (parágrafo 197), e informes incorrectos en comunicaciones comerciales internas (parágrafo 198).

⁴⁸³La responsabilidad penal de los liquidadores está prevista en los artículos 486 a 488 de la Ley de Sociedades francesa de 1966.

como delitos comunes⁴⁸⁴. Esta restricción a la posibilidad de exigir la responsabilidad penal de los liquidadores es inadecuada, y produce resultados absurdos: el que los administradores causen perjuicios a la sociedad o a alguno de los socios "en beneficio propio, de algún socio o de un tercero", actuando con abuso de confianza, se sanciona en el artículo 296 del PCP de 1994 con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa de doce a veinticuatro meses. No obstante, la misma conducta realizada durante la fase de liquidación por el que en ese momento es el órgano de gobierno de la sociedad, los liquidadores, es impune, salvo que sea subsumible en alguno de los tipos patrimoniales clásicos, como la apropiación indebida o la estafa.

Sería adecuado extender el ámbito de la tutela penal de las sociedades mercantiles también a la fase de liquidación, de la misma forma que hemos visto ocurre en el Derecho comparado.

g) El administrador judicial.

Las sociedades mercantiles que sean objeto de embargo en procedimiento judicial pueden quedar sometidas al régimen de administración judicial previsto en el Decreto-ley sobre embargo de empresas de 20 octubre 1969, en el que se establece que "si se embargase alguna empresa o grupo de empresas, acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las mismas o adscritos a su explotación, el Juez podrá decretar que continúe la Administración existente o que ésta sea

⁴⁸⁴Así, podrían ser sujetos activos de los delitos sancionados en los artículos 294. 2 (no en todo caso) y 295 del Proyecto de 1980; en los artículos 365 (sólo en determinadas modalidades) y 367 de la Propuesta de 1983; o, por último, en los artículos 300. 1 y 301 (en el entendimiento de que los liquidadores constituyen un órgano de administración de la sociedad mercantil en liquidación) del Proyecto de 1992.

sustituida, nombrando, en este caso, persona o personas que se encarguen de la misma" (artículo 2).

Los administradores designados por el Juez tienen las mismas atribuciones que corresponden al Consejo de administración o a los administradores sustituidos⁴⁸⁵, por lo cual a efectos penales son administradores de derecho, sin que quepa duda alguna acerca de su consideración como tales.

En Alemania no se prevén expresamente disposiciones penales frente a los administradores judiciales, siendo de aplicación, como en España si se aprueba el Proyecto de 1994, los delitos societarios comunes.

La solución en el Derecho italiano es distinta. Los artículos 2637, 2638 y 2639 C.c. prevén ciertos supuestos de delitos propios de los administradores judiciales y de los comisarios gubernativos, sujetos que tienen la cualidad de funcionarios públicos por expresa determinación legal (artículos 93, 103 y 106 disp. att. C.c.), configurando lo que se ha llamado un "microapéndice societario" del estatuto penal de la administración pública⁴⁸⁶. El artículo 2636 párrafo primero extiende a los administradores judiciales y comisarios gubernativos las incriminaciones previstas en los artículos 2621 (falsas comunicaciones sociales y reparto ilegal de beneficios o de anticipos a cuenta sobre los dividendos), 2622 (divulgación de informaciones sociales reservadas), 2623 y 2630 (violación de las obligaciones de los administradores) y 2628 (maniobras fraudulentas con los títulos de la sociedad). Por su parte, los artículos 2637, 2638 y 2639 C.c. prevén respectivamente los delitos de interés privado del administrador judicial y del comisario gubernativo (señalando que el hecho es punible a través

⁴⁸⁵Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.350. Vid. también FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CANETE: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. págs.139 y siguiente.

⁴⁸⁶Cfr. NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.523.

del artículo 2637 siempre que no entren en consideración los artículos 315, 317, 318, 319 y 323 C.p., incluidos en el Capítulo I "De los delitos de los funcionarios públicos contra la administración pública" del Título II "De los delitos contra la administración pública" del Libro II), de aceptación de retribuciones no debidas y de falta de consignación o depósito de las cosas retenidas por causa del cargo. Las disposiciones societarias aparecen destinadas a la protección prioritaria no tanto de intereses de naturaleza privada como de la función pública de la que están investidos los destinatarios de los preceptos, asegurando de esta forma el correcto ejercicio de sus funciones, su imparcialidad y su prestigio⁴⁸⁷. La doctrina, no obstante, ha observado ciertas incongruencias valorativas en esta regulación, empezando con la imposición de penas más elevadas en el ámbito societario de las que corresponden por la misma conducta en los delitos contra la Administración pública (compárense las sanciones previstas en los artículos 2637 C.c. y 324 C.P.), y terminando por la elevación al rango de delito de conductas que anticipan notablemente el grado de tutela con respecto a las previstas en los delitos contra la Administración pública⁴⁸⁸, preguntándose también los autores qué justifica que las actuaciones delictivas de sujetos destinados a administrar en vía extraordinaria entes privados merezcan una sanción más rigurosa que las llevadas a cabo por los funcionarios públicos que administran empresas públicas⁴⁸⁹. Se ponen de relieve, de esta forma, disparidades de tratamiento en situaciones estructural y materialmente equivalentes.

La regulación penal italiana es especialmente interesante

⁴⁸⁷Cfr. TAGLIARINI: *Le disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. pág.725. Vid. también BRICOLA, F.: *Interesse privato in atti di ufficio*. "Enc. dir." Vol. XXII, Milano, 1972, págs.50 y siguiente.

⁴⁸⁸Vid. por todos FOFFANI, L.: *I delitti degli amministratori giudiziari e dei commissari governativi*. en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*. cit. págs.640 y siguiente.

⁴⁸⁹Cfr. NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. pág.525.

desde el momento que observamos la incidencia de la administración extraordinaria en las crisis bancarias⁴⁹⁰. Se adopta la decisión de intervención en los órganos de gobiernos de la entidad cuando se comprueba que existen graves irregularidades en la administración, graves violaciones de normas legales y estatutarias, graves infracciones a las disposiciones dictadas por el Banco de Italia o graves pérdidas patrimoniales, pero siempre que la crisis determinada por esta situación parece susceptible de ser superada. Los órganos de administración y de control interno se disuelven; la eventual restitución de la empresa a la administración ordinaria al término de la extraordinaria no tiene lugar en relación a los órganos disueltos en su momento, sino a favor de nuevos órganos. La gestión de la entidad bancaria se confía a los comisarios extraordinarios, asistidos por un comité de vigilancia. De esta forma, los comisarios extraordinarios asumen íntegramente las funciones del Consejo de administración, lo cual sin duda justifica el tratamiento penal que reciben.

7. 6. 1. 4. El concepto de administrador de hecho.

En la delimitación del círculo de sujetos activos de los delitos societarios tiene una gran importancia la noción de "administrador de hecho", que se introduce por primera vez en el sector penal del Ordenamiento jurídico español en los artículos 299 a 305 del PCP de 1992, manteniéndose en los artículos 292, 295 y 296 del Anteproyecto de 1994 y del PCP de 1994.

La mención de los administradores de hecho resuelve un problema que se podría haber planteado en torno a los delitos societarios, como sería su aplicación a sujetos en los que

⁴⁹⁰Sobre el tema, vid. DE VECCHIS, P.: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias en Italia. en AA.VV.: Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. cit. págs.88 y siguiente.

faltara la cualidad de administrador de derecho pese a que ejercieran funciones como tales, problema derivado de su naturaleza de delitos especiales fundamentados en la posición orgánica que desempeña el autor⁴⁹¹.

La alusión expresa asume una crítica efectuada por TERRADILLOS BASOCO a la PANCP⁴⁹². En las legislaciones europeas en las que se delimita el círculo de sujetos activos mediante la técnica de los delitos especiales se ha observado que los tribunales tienden a equiparar, a efectos de responsabilidad penal, a los administradores y directivos de hecho y de derecho⁴⁹³. Como ha señalado TERRADILLOS, recogiendo un sentir

⁴⁹¹Cfr. CUSTODERO: *Riflessi penalistici delle responsabilità nella gestione dell'impresa*. cit. pág.488. En las doctrinas alemana e italiana se distingue entre delitos especiales caracterizados por una posición subjetiva de hecho y delitos especiales caracterizados por una posición subjetiva de derecho. Vid. ya desde GRISPIGNI: *Diritto penale italiano*. II. Milano, 1950, Ristampa, págs.214 y siguientes; LANGER, W.: *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Unters z Allg T d. Strafrechts*. Berlin, 1972, págs.59 y siguientes; TIEDEMANN: *GmbH-Strafrecht*. cit. págs.5 y siguiente, en relación específica con los delitos societarios. Sobre la problemática que plantea la aplicación del régimen de responsabilidad civil de los administradores a los de hecho, vid. ampliamente ALONSO UREBA: *Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima*. cit. págs.670 y siguientes, con amplias indicaciones bibliográficas.

⁴⁹²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.854.

⁴⁹³Este problema ya ha sido resuelto en Italia, donde la doctrina prevalente considera que si la posición del sujeto le permite lesionar o poner en peligro el interés jurídico protegido, la falta de una cualificación orgánica perfecta en el Derecho mercantil no puede ser determinante de la irresponsabilidad. En este sentido, vid. entre otros, ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari*. I. 9. ed. 1994, cit. págs.71 y siguientes; LA MONICA, M.: *I reati fallimentare*. Milano, 1972, pág.177; NUVOLONE, P.: *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*. Milano, 1965, págs.47 y siguiente; CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. 1988, cit. pág.11; ROVELLI: *Disciplina penale dell'impresa*. cit. pág.36; SCALERA: *Amministratore di fatto e concorso di persone nel reato di bancarotta*. "Dir. fall." 1967 II, pág.974. No obstante, se ha advertido que esta tendencia corre el riesgo de transformarse en un cómodo expediente, preparado para evitar al juez "indagini laboriose e non di rado malsicure".

En los más importantes Ordenamientos europeos la situación que examinamos se resuelve a menudo en el mismo sentido. Por ejemplo, el artículo 431 de la ley societaria francesa de 24 de julio de 1966 declara aplicables una serie de disposiciones penales dictadas para los sujetos que ejercitan funciones fundamentales en el ámbito de SRL, a "*toute personne qui, directement ou par personne interposée aura, en fait, exercité la gestion d'une société... sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal*". Por su parte, el artículo 463, en relación con las sociedades por acciones, extiende las normas penales dictadas para los administradores, directores generales de las sociedades anónimas y gerentes de las comanditarias por acciones, "*à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercité la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux*". Es análoga la disposición del artículo 478.

En el Derecho inglés ya la *Larceny Act* de 1861 (que contempla supuestos de malversación de bienes sociales y de alteración fraudulenta de la contabilidad, entre otros) regula la responsabilidad de los *managers* aunque hayan ejercitado los poderes sin nombramiento regular. Por su parte, la *Companies Act* de 1948 especifica que la noción de *director* comprende "*any person occupying the position of director by whatever name called*" (sección 455), mientras que en la sección 328 n.3. (a propósito de la responsabilidad penal de los dirigentes de las sociedades en liquidación) se precisa que "*... the expresion officer shall include any person in accordance with whose directions or instructions the directors of a company have been accustomed to act*". El término *officer* comprende los de *director, manager, secretary*. La sección 29 n.14 del *Companies Act* de 1967 contiene una disposición análoga a la que hemos reflejado en el texto.

Por último, la Ley alemana de 6 de septiembre de 1965 sobre sociedades por acciones (*AktG*) no contiene disposiciones similares a las recogidas, pese a lo cual la jurisprudencia, siguiendo una orientación ya consolidada, ha afirmado que debe considerarse administrador de una sociedad por acciones quien, sin nombramiento totalmente perfecto y/ o sin estar inscrito éste en el Registro Mercantil, haya de hecho ejercitado las funciones o asumido la posición de miembro del Consejo de administración. Sobre la cuestión del "*faktische Geschäftsführer*", vid. ampliamente TIEDEMANN en SCHOLZ: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. 8. Aufl. 1995, cit. § 84, Rn.27 y siguientes.

La conclusión que se deriva de la exposición precedente nos permite señalar que en los principales Ordenamientos europeos se habla de administradores y más en general de sujetos calificados de hecho, equiparándose su responsabilidad a aquella de los sujetos de derecho. Vid. entre otros BORGIOI, A.: *Amministratori di fatto e direttori generali*. "Giur. comm." 1975 I, págs.598 y siguiente.

general de la doctrina especializada, la razón es evidente: "de no proceder así, la concurrencia de una causa de inelegibilidad, incluso atribuible al sujeto, se transformaría en una causa de exclusión de la responsabilidad"⁴⁹⁴, favoreciendo absurdamente a quienes por desidia e incluso dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de aplicación de los delitos societarios⁴⁹⁵. Sin embargo, se advierten también algunas consecuencias disfuncionales a que la equiparación, sin más especificaciones, puede conducir, puesto que no es factible cuando el ilícito penal supone el cumplimiento o incumplimiento de un deber que entra exclusivamente en la competencia de quienes, frente a la sociedad y a terceros, tienen una determinada posición orgánica⁴⁹⁶.

De esta forma, el principal problema que plantea la noción de "administrador de hecho" consiste en su delimitación con respecto al "administrador de derecho", estableciendo claramente la frontera entre ambos conceptos⁴⁹⁷. Tal delimitación no es indiferente, pese a que la ley penal sancione igualmente tanto en uno como en otro supuesto. En esta labor nos será de especial

⁴⁹⁴TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.59. Cfr. también BONELLI, F.: La responsabilità dell'amministratore di fatto. "Giur. comm." 1984 I, págs.112 y siguiente.

⁴⁹⁵Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. cit. pág.688.

⁴⁹⁶Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.60. En este sentido, señala CONTI: Voz Società (Diritto vigente): società (reati in materia di). cit. pág.759, que la responsabilidad de los administradores de hecho no excluye la de los de derecho, no sólo en caso de concurso de personas en el delito, sino también en caso de "adempimenti riconnessi alla qualifica e non regolarmente eseguiti (es.: omissioni o ritardi del compiere denunzie, comunicazioni o depositi)". Vid. sobre la distinción entre posiciones altamente formalizadas y posiciones fácticas en relación con los sujetos activos de los delitos societarios recogidos en la LSRL, TIEDEMANN en SCHOLZ: Komm. zum GmbH-Gesetz. 8. Aufl. 1995, cit. § 84, Rn.34; TIEDEMANN: GmbH-Strafrecht. cit. págs.5 y siguiente.

⁴⁹⁷En efecto, no siempre que se aprecie en el nombramiento, inscripción, cese, etc. del administrador de derecho un defecto de cumplimiento o de forma podrá hablarse de administrador de hecho.

utilidad la jurisprudencia y la dogmática italianas, más habituadas a tratar la cuestión que nos ocupa que las españolas.

En la doctrina italiana esta temática se ha desarrollado al hilo del análisis del Derecho de quiebra⁴⁹⁸, considerándose por lo general que administradores de hecho son aquellos que en concreto ejercitan poderes típicos de administración incluso sin haber sido regularmente investidos de la función (por ejemplo, en presencia de una causa de inelegibilidad) o habiendo cesado en ella, o en ausencia de los requisitos que la Ley o los estatutos consideran esenciales para poder asumir la cualidad de administrador⁴⁹⁹.

Se pueden distinguir de esta forma dos diferentes interpretaciones⁵⁰⁰. Por un lado, algunos autores consideran que existe administrador de hecho cuando se puede hablar de un nombramiento válido, pero en el cual falta la inscripción o

⁴⁹⁸Cfr. BONELLI: La responsabilità dell'amministratore di fatto. cit. pág.107; NUVOLONE: Relazione introduttiva. cit. pág.13. Por ejemplo, vid. las observaciones efectuadas sobre el tema que nos ocupa en la primera mitad de este siglo por NOTO SARDEGNA: I reati in materia di fallimento. Palermo, 1940, págs.551 y siguientes; BONELLI, F.: Del fallimento. Vol.III. Milano, 1939, págs.387 y siguientes; NAVARRINI, U.: Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione. Vol.II. Bologna, 1935, pág.295; GISMONDI, P.: Responsabilità penale degli amministratori di fatto delle società commerciali. "Ann. dir. proc. pen.", 1937, págs.184 y siguientes.

⁴⁹⁹Vid. in extenso ANTOLISEI: Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari. I. 9. ed. 1994, cit. págs.71 y siguientes; CONTI: I soggetti di fatto. cit. pág.231; del mismo autor: Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito delle società commerciali. en AA.VV.: Il diritto penale delle società commerciali. cit. págs.47 y siguientes; LA MONICA: Reati societari. cit. pág.960.

⁵⁰⁰Cfr. por todos BONELLI: La responsabilità dell'amministratore di fatto. cit. pág.108; BORGIOLI: Amministratori di fatto e direttori generali. cit. págs.595 y siguientes; CONTI: Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell'ambito di società irregolari. cit. pág.128. Para una exposición sintética de la bibliografía, vid. CUSTODERO: Riflessi penalistici delle responsabilità nella gestione dell'impresa. cit. págs.488 y siguiente.

concurren vicios que pueden provocar la anulación; por otro, parte de la doctrina sostiene que, en ausencia de nombramiento formal, debe ponerse el acento sobre la relación entre el efectivo ejercicio de funciones de administración y el bien jurídico protegido por la norma penal. La individualización del sujeto activo de los delitos societarios especiales en el primer supuesto no presenta dudas puesto que existe un nombramiento, aunque sea defectuoso. No obstante, en el caso de ausencia de nombramiento se plantea el problema de quién debe ser considerado administrador.

En relación, pues, al primer supuesto, deben tenerse presente las siguientes situaciones posibles que iré analizando detenidamente⁵⁰¹: a) aceptación tácita o implícita del nombramiento; b) falta de publicidad del nombramiento; c) nulidad inicial del nombramiento por existir una causa originaria o sobrevenida de inelegibilidad; d) renuncia válida sobrevenida, revocación expresa, o cese en el cargo por cumplimiento del término. En relación al segundo supuesto, se estudiará la inexistencia de nombramiento pero con ejercicio de hecho de facultades típicas de administración.

Es evidente que las situaciones que he recogido son diversas. En el primer caso no existe propiamente administrador de hecho, puesto que si bien el artículo 125 LSA establece que "el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación", la doctrina mercantilista admite que la aceptación puede producirse bien verbalmente en la Junta general (o constituyente o de fundadores) si el designado por la misma se encuentra presente, bien con posterioridad bajo cualquier otra forma, verbal o escrita, e incluso basta con una aceptación tácita o derivada de hechos concluyentes que pongan claramente de manifiesto la voluntad del propuesto de aceptar la designación, tales como su asistencia a las reuniones o la

⁵⁰¹Vid. por todos BORGIOLO: *Amministratori di fatto e direttori generali*. cit. pág.597.

participación en las tareas del órgano administrativo, sin necesidad, por consiguiente, de que se haga de forma expresa⁵⁰².

En el segundo caso, falta de publicidad del nombramiento, deben tenerse en cuenta tanto el artículo 125 LSA como el 25 C.Co. y los 96 y 138 del RRM. Estos preceptos señalan que el nombramiento de los administradores será presentado para su inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a la fecha de su aceptación. No obstante, la eficacia del nombramiento depende únicamente de la aceptación del interesado, no teniendo la inscripción en nuestro Derecho carácter ~~constitutivo~~ sino ~~meramente~~ declarativo o "documentante", por lo que producirán los efectos positivos y negativos de la publicidad material consignados en el artículo 21 C.Co., y reproducidos literalmente en el artículo 9 RRM⁵⁰³. De acuerdo con dichas normas, el principio de oponibilidad subordina los efectos frente a terceros de los actos sujetos a inscripción no sólo a ésta sino asimismo a su publicación en el BORM. Y si bien en cuanto a los efectos registrales de la falta de inscripción del nombramiento de los administradores, de acuerdo con el artículo 11. 1 RRM, no se podrán inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos, en ningún caso ello supone la invalidez o ineficacia de tales actos o contratos⁵⁰⁴. En fin, la aceptación del nombramiento por el designado supone la perfección del contrato y la asunción de la titularidad en el

⁵⁰²Cfr. LA MONICA: Diritto penale commerciale. I. cit. pág.103; POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. págs.104 y siguiente.

⁵⁰³Cfr. URÍA: Derecho Mercantil. 1993, cit. pág.339; también, POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. págs.111 y siguientes. Esta es la doctrina seguida por el Tribunal Supremo. Vid. la STS 25 noviembre 1970 (Ar. 5219), Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵⁰⁴En efecto, la omisión de la previa inscripción, en el caso de actos externos de la sociedad, constituye un defecto subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil. Si se trata de actos internos, no es precisa la inscripción. Vid. RDGRN 27 marzo 1957 (Ar. 1520).

órgano de administración una vez haya llegado a conocimiento del órgano proponente, sin que la falta de publicidad del nombramiento impida la configuración como administrador de derecho frente a la sociedad⁵⁰⁵. Frente a terceros, éstos no pueden verse perjudicados por la falta de la inscripción y sí pueden invocarla en lo favorable, siempre y cuando no haya admitido con anterioridad al administrador en su condición de tal, pues si así fuera incurriría en un inadmisibles "venire contra factum proprium"⁵⁰⁶.

El tercer supuesto, nulidad inicial del nombramiento por concurrir una causa de inelegibilidad originaria o sobrevenida, plantea ciertos problemas. La mejor doctrina mercantilista niega la nulidad radical del nombramiento de administradores incursos en las incapacidades y prohibiciones legales (artículos 124 LSA y concordantes del C.c. y del C.Co.)⁵⁰⁷. Y ello porque el artículo 6. 3 C.c., que proclama la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, efectúa la salvedad de "que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Precisamente un efecto distinto es el que establece el primer párrafo del artículo 132 LSA: que los administradores incursos en cualquiera de las prohibiciones del artículo anterior, originaria o sobrevenidamente (puesto que la norma no distingue entre uno u otro supuesto), deberán ser inmediatamente destituidos, a

⁵⁰⁵Vid. FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. págs.55 y siguientes; URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.339. En el mismo sentido, en Italia, por todos, BORGIOLI: *Amministratori di fatto e direttori generali*. cit. pág.609, nota núm.67. La DGRN mantiene que la omisión de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento no impide la comparecencia del administrador en nombre de la sociedad para actos internos de la misma. Vid. RDGRN 17 junio 1956 (Ar. 2942) rectificada en el 3156).

⁵⁰⁶Cfr. FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ CAÑETE: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. pág.57.

⁵⁰⁷Vid. por todos POLO: *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*. cit. págs.248 y siguientes.

petición de cualquier accionista. Con ello la LSA, al imponer la obligación de destituir al administrador indebidamente nombrado, afirma paralelamente la eficacia de su nombramiento en tanto no se produzca la destitución y remite, respecto de la eficacia de los actos celebrados por el administrador afectado por la prohibición, incapacidad o incompatibilidad, al régimen específico de nulidad, anulabilidad o eficacia, aplicable a cada supuesto concreto⁵⁰⁸. Se trata, pues, de otro caso en el que existe administrador de derecho.

El cuarto supuesto, consistente en la renuncia o dimisión del administrador, se presenta usualmente en la doctrina como la contrapartida o compensación a la libre facultad revocatoria que ostenta la sociedad⁵⁰⁹. La renuncia constituye una declaración unilateral de carácter recepticio que está destinada a producir sus efectos desde que llega a conocimiento de la sociedad. Ahora bien, el artículo 141 LSA dispone que, cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el consejo de administración podrá aceptar la dimisión de los consejeros. En principio, tal aceptación constituye sólo la recepción de la declaración de voluntad del administrador dimisionario, lo que significa para la doctrina, bien que el órgano no está facultado para otra cosa que para la aceptación, por lo que no puede denegarla⁵¹⁰, bien que es indiferente que la acepte o no porque, en cualquier caso, la dimisión surte sus efectos en relación con la sociedad desde que tiene conocimiento de ella⁵¹¹. No obstante, el artículo 141 concede una facultad al Consejo que conlleva la posibilidad de que la renuncia no sea aceptada, continuando los administradores dimisionarios en el cargo hasta su sustitución, lo cual resulta perfectamente coherente desde el

⁵⁰⁸Vid. GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. pág.200.

⁵⁰⁹Vid. por todos GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. pág.114.

⁵¹⁰Cfr. GIRON TENA: Derecho de sociedades anónimas. 1952, cit. pág.356.

⁵¹¹Cfr. GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. pág.114.

momento en que la organización de la administración social puede estar configurada de modo tal que sea preciso no dejar un puesto vacante en la misma durante un tiempo indefinido⁵¹². Como vemos, sigue existiendo administrador de derecho hasta el momento de la aceptación de la renuncia válida sobrevenida por el órgano competente al efecto.

El artículo 131 LSA consagra el principio de libre revocabilidad *ad nutum* de los administradores, sin necesidad de justa causa⁵¹³, que sólo encuentra limitaciones en el caso de los administradores designados por el Estado, el Ministerio de Economía y Hacienda, el Banco de España u otros organismos públicos, y los nombrados por la autoridad judicial, sobre los que la Junta no tiene la libre facultad revocatoria, o los elegidos por el sistema de cociente, a los que la Junta no puede destituir sin una justa causa so pena de vaciar de contenido la representación proporcional⁵¹⁴. Adoptado y fehacientemente notificado el acuerdo de separación del administrador y plenamente eficaz desde entonces en su relación con la sociedad, su eficacia respecto de los terceros quedará subordinada a la inscripción del mismo en el Registro Mercantil⁵¹⁵, de la misma manera que sucede con la aceptación del nombramiento en los

⁵¹²Cfr. GIRON TENA: *Derecho de sociedades anónimas*. 1952, cit. pág.356. POLO: *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*. cit. pág.244, señala que ello se justifica mediante la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1731 del C.c., a cuyo tenor el mandatario debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta. De acuerdo con ello, sólo en el caso de que el consejo de administración o la junta general no adopte el acuerdo de nombrar sustitutos cuando sean necesarios para la estabilidad y funcionamiento del órgano administrativo podrá tener eficacia el conocimiento de la dimisión.

⁵¹³Artículo 131: "La separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la junta general".

⁵¹⁴Cfr. FERNANDEZ RUIZ, J. L.: *Separación de los administradores de una sociedad anónima y orden del día de la convocatoria de la Junta general*. "RDM" núm.149, 1978, págs.547 y siguiente; POLO: *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*. cit. pág.214.

⁵¹⁵Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil*. 1993, cit. pág.340.

términos del artículo 125 de la Ley.

El artículo 126 LSA establece expresamente la temporalidad del cargo de administrador, planteando entre otras las cuestiones del momento y eficacia del cese por caducidad y del funcionamiento de la sociedad con administradores decaídos. Con respecto al primer problema, el artículo 145. 1 RRM niega la eficacia automática del cese de los administradores por el mero transcurso del plazo de nombramiento, debiendo efectuarse el cómputo del tiempo a los mencionados efectos no de fecha de nombramiento a fecha de expiración, sino de Junta a Junta, de tal modo que, no obstante el vencimiento del plazo fijado para la vigencia del cargo, los administradores continúen en sus funciones hasta que se reúna la próxima Junta general⁵¹⁶. Resta el problema de la operatividad y eficacia del cese en el caso de que los administradores no efectúen la correspondiente convocatoria de la junta en la que les corresponda cesar, no incluyan en su orden del día el tema de la reelección o ésta, por la razón que fuere, no llegue efectivamente a tratarse por la junta. La duda planteada por la falta de convocatoria y celebración de la Junta se resuelve en el artículo 145. 1 RRM cuando establece que el nombramiento caducará, en todo caso, cuando haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta general ordinaria, momento a partir del cual el administrador deberá cesar en el ejercicio de su cargo. Si la

⁵¹⁶Vid. por todos GARRIGUES/ URÍA: **Comentario a la LSA. II.** 1976, cit. págs. 67 y siguiente. Esta doctrina fue sentada por la Resolución de la DGRN, de 24 de junio de 1968, que admitió la existencia de los administradores de hecho, en que se convertían los nombramientos caducados, para "ejercitar las facultades totalmente necesarias o vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad". Concretamente, esta importante Resolución dice que "el cese del Administrador no se producirá automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado, sino que se encuentra todavía legitimado para ejercitar una serie de facultades totalmente necesarias, pues de no ser así, y si se aplicara tajantemente otro criterio, podría quedarse la sociedad sin representación legal y sin posibilidad de convocatoria de Junta General, al no existir quien ostentara el cargo de Administrador".

Junta se convoca sin incluir en el orden del día la reelección o sustitución de los administradores, se admite por la doctrina la competencia de la Junta para tratar en la reunión el tema del cese, habida cuenta de su necesidad legal. Por el contrario, entra de nuevo en juego el artículo 145. 1 cuando, aun celebrándose efectivamente la Junta, ésta, bien sea por descuido bien deliberadamente, no adopta ningún acuerdo sobre el cese o la reelección de los administradores. En este caso, vencido el plazo y celebrada la Junta sin proceder a la reelección o sustitución de los administradores, su nombramiento caducará también de forma automática⁵¹⁷. Mientras no sean elegidos otros administradores, puede producirse una situación de interinidad más o menos larga que la LSA no regula expresamente. La doctrina sostiene que la competencia del órgano de administración con administradores decaídos debe mantenerse, pero limitada únicamente a la convocatoria de la Junta que acuerde la renovación o a la solicitud al juez de la convocatoria de dicha Junta, rechazando expresamente la continuación de hecho en sus funciones de los administradores con mandato caducado⁵¹⁸. No obstante, el Tribunal Supremo sostiene que son válidos los actos realizados por los administradores caducados, y no sólo la convocatoria de la Junta porque, al no existir ninguno legalmente vigente, se está ante la situación de administradores de hecho, siempre que concurren circunstancias tales que permitan atestiguar que la sociedad ha prorrogado de hecho el mandato de sus administradores⁵¹⁹. Se estima, pues, que existe una

⁵¹⁷POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.125.

⁵¹⁸Cfr. POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. págs.127 y siguientes.

⁵¹⁹Vid. RDGRN 24 junio 1968 (Aranzadi 3662/ 68) y STS 22 octubre 1974 (Aranzadi 3970/ 74). La Resolución señala como tales circunstancias: a) que se trata de un tipo de S.A. con un corto número de accionistas; b) que con posterioridad a la fecha de caducidad del nombramiento de los administradores se adoptan acuerdos en Junta universal que modifican los Estatutos, aumentan el capital social, etc. cuyas escrituras, otorgadas por quienes según el Registro ya no son administradores, se inscriben, sin embargo en éste; c) que entre estos acuerdos figura uno en el que al tiempo que se

continuidad en el ejercicio de sus funciones por los referidos administradores, sin haber mediado reelección, lo cual evita que la sociedad quede sin representación legal⁵²⁰.

A los efectos del Derecho penal, como había adelantado, en estos casos es posible individualizar sin duda a los autores de delitos especiales, puesto que se cuenta con una calificación subjetiva que satisface los requisitos legales mínimos, cuanto más desde el momento en que la ley penal contempla su calificación como sujetos activos expresamente⁵²¹.

Las situaciones en las que es posible hablar de un verdadero administrador de hecho, esto es, las situaciones en las que las irregularidades formales son relevantes a efectos penales⁵²², se reducen notablemente. El problema se centra en determinar si basta el ejercicio concreto de poderes y facultades típicos del administrador de derecho, con la aceptación al menos tácita de la sociedad, o bien si debe exigirse la existencia de los presupuestos mínimos para integrar la calificación de administrador de derecho en el plano mercantil⁵²³.

La opinión que relaciona la administración de hecho con los requisitos mínimos de legitimación en el Derecho mercantil ha sido minoritaria en Italia, siendo PEDRAZZI su máximo

designa como administrador a una persona distinta de las anteriormente nombradas, se dispone el cese de uno de éstos, y este cese se inscribe cuando de no considerarse aún vigente el nombramiento no habría hecho falta hacerlo; d) que incluso en supuestos de acuerdos adoptados en Junta ordinaria, la convocatoria aparecía hecha por quienes se consideraban como tales administradores. Vid. FERNANDEZ-MARTOS Y BERMUDEZ-CAÑETE: *Manual Práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*. 1993, cit. págs.50 y siguientes.

⁵²⁰Vid. STS 22 octubre 1974 (Ar. 3970).

⁵²¹Cfr. CONTI: *I soggetti di fatto*. cit. pág.233.

⁵²²Cfr. PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*. cit. pág.233.

⁵²³Cfr. PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*. cit. pág.244.

exponente⁵²⁴. Se fundamenta en la función predominantemente sancionatoria de los preceptos civiles que desempeñan los delitos societarios, lo cual implica una "*ferrea conseguenza di ordine esegetico*": que la determinación del sujeto activo debe efectuarse a partir del Derecho privado. También se ha dicho que la extensión de las disposiciones penales que se dirigen a los administradores de derecho a sujetos que actúan de hecho constituye una aplicación analógica de las mismas, no permitida por el principio de legalidad penal⁵²⁵.

Como hemos visto anteriormente, niego aquí que los delitos societarios deban tener una función meramente sancionatoria de ilícitos mercantiles⁵²⁶, esto es, que se limiten a servir de refuerzo a preceptos no penales. El intérprete no puede quedar vinculado por el sentido que los términos procedentes de otras ramas del Derecho revistan en ellas, sino que ha de dilucidar cuál es, en cada caso, el que la propia Ley penal les otorga⁵²⁷. La vocación realista del Derecho penal no debe hacerse depender de formalizaciones jurídicas extrapenales, puesto que éstas no

⁵²⁴Vid. especialmente PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*. cit. págs.230 y siguientes.

⁵²⁵Cfr. por ejemplo las reveladoras palabras de PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penale*. cit. pág.231: "*Come può concepirsi una funzione isolata dalla qualificazione soggettiva di cui rappresenta l'estrinsecazione? Come può la norma penale operare fuor di portata dei presupposti normativi che condizionano, come si è visto, la stessa configurabilità del fatto tipico? Quale argomento, che non sia di convenienza politica, permette di attribuirre un significato autonomo, ai fine pnali, a qualificazioni che sono soltanto il compendio di diritti e di doveri creati dal diritto privato?...*", etc., etc.

Cfr. CONTI: *Voz Società (Diritto vigente): Società (reati in materia di)*. cit. pág.760. Así, vid. ROMANO: *Pofili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*. cit. Esta alusión a la prohibición de analogía *in malam partem* se justifica en Italia, donde la ley no hace referencia expresa a los administradores de hecho, pero no en España.

⁵²⁶Vid. ALESSANDRI: *I reati societari. Prospettive...* cit. págs.488 y siguiente.

⁵²⁷Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.35.

son más que instrumentalizaciones normativas para el logro de determinados fines en la vida social. El fin de protección de los bienes jurídicos del Derecho penal debe constituir la idea rectora para la interpretación del concepto "administrador de hecho".

Con respecto a la cuestión objeto de análisis, la posición que responde con mayor claridad a las exigencias de justicia material y al fin de protección de bienes jurídicos es aquella que pone el acento en la posición del sujeto con respecto al bien o interés tutelado. Se trata de vincular la condición como sujeto activo a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido⁵²⁸, esto es, al "dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, que ejercen dichos sujetos"⁵²⁹. Opto, pues, por un criterio material basado en el acceso al ejercicio del dominio social y la asunción de la posición de garante en él fundamentada⁵³⁰.

Efectivamente, lo que en la interpretación del término "administrador de hecho" interesa no es la perfección o imperfección de la relación interna entre el sujeto y la sociedad, sino la relación externa del agente con el bien jurídico, "es decir, cuál es la posición de un sujeto que ha

⁵²⁸Cfr. CONTI: *I soggetti di fatto*. cit. pág.241. En este sentido, en relación con la determinación de quiénes pueden ser autores del delito de infidelidad patrimonial (§ 266 StGB), vid. en la doctrina alemana, por todos, LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.52 (pág.1991).

⁵²⁹GRACIA MARTIN: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. II. cit. pág.98. Vid. del mismo autor: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*. cit. especialmente marginal 232 y la bibliografía que menciona, donde afirma que "lo decisivo para el delito especial no es el status formal con que el legislador describe al autor del hecho sino la relación material de dominio social típico en virtud de la competencia para el ejercicio de una función".

⁵³⁰Vid. ampliamente GRACIA MARTIN: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*. I. cit. págs.354 y siguientes.

entrado en una esfera de dominio respecto de los bienes jurídicos protegidos en dicha esfera"⁵³¹. Y ello porque es posible que un sujeto que carece formalmente de la cualificación de derecho "realice la acción típica y produzca la lesión o peligro del bien jurídico de un modo equivalente desde el punto de vista valorativo, es decir, desde el punto de vista del contenido del tipo de lo injusto, a su realización por el sujeto idóneo"⁵³², esto es, quien goza de la cualidad de derecho. La expresa mención legal de los administradores de hecho permite la integración formal de dichos comportamientos en los tipos correspondientes sobre la base de un fundamento material.

Se desvincula el título de las funciones, atribuyendo al ejercicio de éstas una serie de obligaciones de cuya inobservancia puede derivarse responsabilidad penal. El centro de gravedad recae en la relación material, efectiva y real del sujeto con el bien jurídico penalmente protegido por el tipo respecto del cual ha asumido el dominio social y la posición de garante. Esta es la posición mayoritaria en Italia⁵³³, donde se considera que la administración se relaciona directamente con el dinamismo de las funciones, sin importar tanto el origen de la legitimación⁵³⁴.

Ahora bien, para la existencia de un administrador de hecho deberá existir un mínimo formal, reconducible por lo menos a la tolerancia de su actuación como tal por la sociedad respecto de la cual deba considerársele órgano fáctico, esto es, un reconocimiento de hecho o tácito⁵³⁵.

⁵³¹GRACIA MARTIN: El actuar en lugar de otro en Derecho penal. II. cit. pág.161.

⁵³²GRACIA MARTIN: Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. cit. pág.21.

⁵³³Cfr. MANTOVANI: Diritto penale. 1992, cit. págs.146 y siguiente; PADOVANI: Diritto penale del lavoro. cit. pág.26.

⁵³⁴Cfr. CONTI: I soggetti. cit. pág.242.

⁵³⁵Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.674; BORGIOIOLI: Amministratori di fatto e direttori generali. cit. pág.610; GRACIA MARTIN: El actuar en lugar de

No cabe objetar que un criterio material y fáctico como éste podría poner en peligro la seguridad jurídica, como ocurriría si sirviera para atribuir una cualidad formal a un sujeto que carece de ella. En los delitos societarios la dicción legal reconoce la facticidad, de forma que una solución del tipo indicado es conforme de lege lata con los límites de la interpretación, sin suponer una vulneración del principio de legalidad en contra del reo⁵³⁶. El Proyecto de 1994 ha utilizado expresamente un criterio material que atiende a las verdaderas relaciones fácticas entre el sujeto activo y el bien jurídico penalmente protegido⁵³⁷, esto es, a la función real que dicho sujeto desempeña y a su acceso a la relación típica con el bien jurídico penalmente protegido, con independencia de que mantenga o no un determinado vínculo jurídico-formal con la sociedad. Desde la teoría del dominio social que aquí se adopta, basta con admitir que administrador de hecho es quien accede al ejercicio del dominio sobre la estructura social en la que se protege el bien jurídico penalmente protegido, con el reconocimiento por lo menos tácito de la sociedad.

Por último, cabe plantear el problema de si el llamado

otro en Derecho penal. II. cit. págs.168 y siguiente. En la doctrina alemana, igualmente, KALIGIN: *Das neue GmbH-Strafrecht*. cit. pág.91; y TIEDEMANN: *GmbH-Strafrecht*. cit. pág.5. En este sentido, vid. también la STS 4 mayo 1994 (Ar. 3651), la cual, resolviendo un recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por el acusado, condenado por la Audiencia Provincial como autor de un delito de apropiación indebida, afirma que dicho sujeto "por contar con la confianza de los otros socios, venía administrando los bienes de dicha sociedad, efectuando cobros y pagos, por cuenta de tal sociedad, con disponibilidad de sus cuentas bancarias", a pesar de que era un tercero el administrador y representante único de la sociedad, a tenor de la inscripción practicada en el RM:

⁵³⁶vid. supra.

⁵³⁷Como señala DI AMATO: *Diritto penale dell'impresa*. cit. pág.62, esta solución pretende dar más relevancia en el campo penal a las situaciones sustanciales que a las formales, esto es, al ejercicio de hecho de las funciones a las cuales se refiere la norma penal.

"administrador oculto" puede considerarse como administrador de hecho a efectos penales. Los motivos que me han inducido a subrayar el aspecto funcional me obligan a excluir del concepto de administrador de hecho a quienes, aun teniendo el control de la sociedad, lo ejercen a través de hombres de paja nombrados regularmente, evitando revelarse ante terceros. En este caso, parece más correcto hablar de empresario oculto⁵³⁸. Tal empresario no responderá como administrador, puesto que falta la exteriorización de las funciones⁵³⁹; su conducta deberá encuadrarse en la autoría mediata (en caso de utilización de un instrumento cualificado no doloso) o bien en la participación⁵⁴⁰.

7. 6. 2. EL SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito⁵⁴¹, de forma que su identificación debe hacerse mediante la investigación de la titularidad del bien jurídico protegido⁵⁴². Hemos tenido ocasión de comprobar que en los delitos societarios el bien jurídico protegido es el patrimonio individual. El titular del patrimonio lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva será el

⁵³⁸Sobre el concepto de empresario oculto, vid. ampliamente GALGANO: *Diritto commerciale. L'imprenditore. Impresa. Contratti di impresa. Titoli di credito. Fallimento.* 2. ed. Bologna, 1986, págs.225 y siguientes.

⁵³⁹Cfr. CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi.* cit. pág.16. Se ha manifestado contrario a esta conclusión BONELLI: *La responsabilità dell'amministratore di fatto.* cit. pág.113, nota a pie número 15, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

⁵⁴⁰Vid. *infra*.

⁵⁴¹Opinión doctrinal unánime. Vid. por todos GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito.* 1984, cit. pág.195; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General.* 1990, cit. pág.214; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* 1990, cit. págs.485 y siguiente.

⁵⁴²Cfr. GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito.* 1984, cit. pág.195.

sujeto pasivo. Puesto que definiendo un concepto jurídico-económico de patrimonio, no es necesario que la titularidad del mismo esté protegida por el Derecho.

El sujeto pasivo puede ser una persona física o jurídica⁵⁴³, puesto que también las personas jurídicas pueden ser titulares de un patrimonio. Así, no existe ningún problema conceptual a la hora de considerar que la sociedad mercantil como ente con personalidad jurídica propia pueda ser considerada sujeto pasivo de los delitos societarios.

~~Es preciso diferenciar al sujeto pasivo y al sujeto sobre~~ el que recae la acción típica⁵⁴⁴. Sujeto pasivo de la acción es aquel sobre el cual incide la acción típica. En los delitos contra el patrimonio, cuando al poseedor de la cosa le es arrebatada la misma, tal poseedor es el sujeto pasivo de la acción delictiva, mientras que sujeto pasivo del delito es el propietario en cuanto titular del bien jurídico

Igualmente es necesario distinguir del sujeto pasivo la figura del perjudicado, que es la persona física o jurídica que a consecuencia de la comisión del delito sufre un daño patrimonial o de otra clase⁵⁴⁵. Pueden coincidir ambas condiciones en el mismo sujeto, pero en general el perjudicado es quien sufre la ofensa de otros intereses económicamente evaluables no identificables con el bien jurídico protegido a consecuencia del delito.

Al ser el patrimonio individual el bien jurídico protegido

⁵⁴³Cfr. MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. pág.214; SAINZ CANTERO: Lecciones de Derecho penal. Parte general. 1990, cit. pág.486.

⁵⁴⁴Cfr. GOMEZ BENITEZ: Teoría jurídica del delito. 1984, cit. pág.196; MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. pág.214.

⁵⁴⁵Cfr. MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. pág.214; SAINZ CANTERO: Lecciones de Derecho penal. Parte general. 1990, cit. pág.486.

en los delitos societarios, la titularidad del patrimonio que es lesionado o puesto en peligro por la conducta delictiva permitirá delimitar el ámbito de sujetos pasivos.

El patrimonio social se propone como uno de los intereses cardinales en torno a los cuales se construyen los delitos societarios⁵⁴⁶, sobre todo desde el momento en que afirmo la conveniencia de que la tutela penal se concentre preferentemente en la protección de los intereses internos de la sociedad y de los socios frente a las actuaciones delictivas de quienes ostentan la titularidad, de hecho o de derecho, de los poderes sociales, más que en la salvaguarda de los intereses externos de acreedores y terceros⁵⁴⁷.

Conviene recalcar que la protección del patrimonio social no se configura como un mero reflejo de la protección del patrimonio de los socios; antes bien, se pretende tutelar el patrimonio de la sociedad como tal, como un patrimonio individual del cual es titular la persona jurídica social.

⁵⁴⁶Cfr. FOFFANI: *Violazione di obblighi concernenti le funzioni di amministrazione attiva nelle società di capitali e cooperative*. En MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare*. cit. pág.445; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.1 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.27. En el mismo sentido, manifiesta ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. pág.46, que la configuración del patrimonio de la sociedad como uno de los primeros intereses tutelados no es contestada en la doctrina, ni tampoco podría serlo.

⁵⁴⁷Señala la Exposición de Motivos del PCP de 1992 que "los delitos societarios que en ocasiones también pueden cometerse en perjuicio de terceros ajenos a la sociedad, son esencialmente infracciones que cometen sólo alguno de sus miembros contra el resto". El tema ha sido ampliamente tratado en la doctrina italiana. Vid., entre otros, FOFFANI: *Prospettive di riforma in tema di "infedeltà patrimoniale"*. cit. pág.468; del mismo autor: *La tutela della società commerciale contro le infedeltà patrimoniale degli amministratori*. I. cit. pág.90; MAZZACUVA: *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario*. cit. págs.113 y siguientes; NAPOLEONI: *I reati societari*. II. cit. págs.3 y siguiente; ROMANO: *"Pubblico" e "privato" nella responsabilità degli amministratori e reati societari*. cit. pág.148.

Se toman también en consideración los intereses patrimoniales de los socios *uti singuli*⁵⁴⁸. Debemos tener en cuenta que no siempre coincidirán con los de la sociedad⁵⁴⁹, manifestándose la divergencia con especial énfasis en la existencia de grupos de accionistas que ostentan el control de la entidad y otros que se ven excluidos de dicho control⁵⁵⁰ y en los casos de conflictos de intereses.

La regulación de los delitos societarios tiende asimismo a la protección del patrimonio de los terceros que se relacionan con la sociedad; entre los cuales se hallan en primera línea los acreedores sociales, pero dicha protección tiene una naturaleza puramente refleja, en la medida en que la regulación pretende fundamentalmente la protección del patrimonio social. La tutela de los intereses patrimoniales de terceros, posibles o futuros socios o acreedores, viene asumiendo una importancia cada vez mayor debido a la difusión y el amplio desarrollo de las sociedades mercantiles⁵⁵¹.

Cómo cabe observar, son correctas las afirmaciones de la Exposición de Motivos del PCP de 1992 cuando pone de relieve que

⁵⁴⁸Como señala ZIELINSKI, D.: *Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft*. "Wistra" 1993, pág.6, el consejo de administración actúa ante todo por mandato y en interés de los socios, ante los cuales es responsable. Vid. sobre la cuestión de los titulares del patrimonio, por todos, NELLES, U.: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff*. Berlin, 1990, págs.473 y siguientes.

⁵⁴⁹Como señala TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*, cit. págs.27 y siguiente, "basta para comprobarlo con observar el funcionamiento de las modernas grandes sociedades por acciones, en las que, de hecho, las decisiones se toman a espaldas no ya sólo de los socios minoritarios, sino también de los mayoritarios, puesto que la disociación propiedad-gestión deja las decisiones en manos de los profesionalizados managers".

⁵⁵⁰Vid. ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. pág.46.

⁵⁵¹Cfr. ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 1993, cit. pág.47; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.28.

"los tipos (societarios) que se crean no son, en manera alguna, una protección "frente" a las sociedades mercantiles, sino una tutela de éstas o de sus miembros, socios o accionistas, frente a lo que puedan hacer algunos de ellos"⁵⁵².

7. 6. 3. EL RESULTADO MATERIAL.

En los delitos dolosos de acción es preciso distinguir un desvalor de acción y un desvalor de resultado. El desvalor de resultado está representado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Ahora bien, cabe distinguir también entre el desvalor de resultado, entendido como lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, y el resultado material o naturalístico, espacio-temporalmente separable de la acción⁵⁵³.

En los delitos de resultado el tipo acota y describe un resultado material o externo, espacio-temporalmente separable de la acción⁵⁵⁴. Desde el punto de vista dogmático, también se incluye en el resultado material el peligro para el bien jurídico en los delitos de peligro concreto⁵⁵⁵.

Algunos autores admiten expresamente un resultado típico o estructural desvinculado del objeto de tutela penal⁵⁵⁶.

⁵⁵²Exposición de Motivos del PCP de 1992.

⁵⁵³Cfr. CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. págs.342 y siguiente. Vid. ampliamente sobre los diversos sentidos de la palabra "resultado", LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho Penal*. cit. *passim*.

⁵⁵⁴Cfr. por todos BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.261.

⁵⁵⁵Cfr. CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 1. 4. ed. 1994, cit. pág.352.

⁵⁵⁶En este sentido, vid. por todos HORN: *Konkrete Gefährdungsdelikte*. cit. págs.102 y siguiente; STRATENWETH: *Schweizerisches Strafrecht*. AT. I. Berna, 1982, pág.132.

El resultado naturalístico es prueba, "a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción que lo ha causado"⁵⁵⁷.

7. 6. 2. LA PARTE SUBJETIVA DEL DELITO DOLOSO.

7. 6. 2. 1. Determinaciones previas.

Además de la posibilidad de ampliar la protección de un determinado bien jurídico operando sobre la estructura objetiva del tipo, es factible delimitar la relevancia de un comportamiento mediante la configuración del elemento subjetivo⁵⁵⁸. De esta forma, atribuir relevancia penal a la mera culpa o, por el contrario, exigir una dirección finalística de la voluntad del autor hacia un propósito ulterior, incide evidentemente sobre el ámbito de la tutela penal del bien jurídico protegido e ilustra la función reguladora que desempeña el principio de culpabilidad.

De forma previa al estudio de la responsabilidad dolosa haré referencia a los casos en que se confiere relieve a la finalidad singular perseguida por el sujeto activo o bien a su particular condición psíquica, esto es, a los elementos subjetivos del injusto, con especial hincapié en las funciones político-criminales que desempeñan en la estructura del delito.

En cuanto al elemento subjetivo en los delitos societarios, nos interesa analizar si el pre-legislador ha

⁵⁵⁷MIR PUIG: Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. cit. pág.62. En el mismo sentido, vid. SILVA SANCHEZ: Aproximación al Derecho penal contemporáneo. cit. pág.419.

⁵⁵⁸Cfr. TIEDEMANN: Lecciones de Derecho Penal Económico. cit. x pág.243.

abandonado el criterio normal de imputación subjetiva del delito (el dolo) para admitir también la responsabilidad imprudente. La respuesta, como veremos, es negativa, lo cual no ha dejado de provocar críticas por parte de algunos sectores doctrinales.

7. 6. 2. 2. Los elementos subjetivos del injusto.

Un sector de la doctrina, mayoritaria entre la que en Italia se dedica al estudio de los delitos societarios, ha sostenido la existencia en éstos de un "dolo específico" consistente en un propósito o finalidad particular que el sujeto activo debe pretender pero que no es necesario que logre efectivamente para que el delito se entienda consumado, que desempeñaría una función selectiva de las conductas abstractamente merecedoras de pena⁵⁵⁹. De esta forma la concurrencia o no del dolo específico representaría, en algunos casos, la diferencia entre una conducta objetivamente neutra y una conducta lesiva o peligrosa para el bien jurídico penalmente protegido, garantizando la fragmentariedad del

⁵⁵⁹Cfr. MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.95 y siguientes. Sobre el papel de los elementos subjetivos en el ámbito de las técnicas de tutela utilizadas por el legislador, vid. en términos generales HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. cit. págs.197 y siguientes; más específicamente, BELEZA DOS SANTOS, J.: *Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria*. "Revista de Legislação e de Jurisprudência" 1959-1960, págs.164 y siguientes.

Hasta no hace mucho, el TS español y la doctrina causalista más estricta aludían también a este "dolo específico" o "reduplicado". Cfr. GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.238.

recurso a la sanción penal⁵⁶⁰; en otros, se utilizaría la categoría del dolo específico como elemento diferenciador entre dos o más tipos delictivos, por lo demás idénticos en el aspecto objetivo del tipo y en la exigencia de la concurrencia del dolo, sirviendo entonces para graduar la sanción según el propósito concretamente perseguido por el sujeto activo⁵⁶¹. Se trata de una aplicación a los delitos societarios de la doctrina tradicional de los delitos de apropiación, en los cuales se ha venido exigiendo tradicionalmente, como elemento añadido al dolo, el dolo específico de ejecutar el hecho con ánimo de lucro⁵⁶².

Esta distinción entre el dolo genérico y el dolo específico o reduplicado, que concurriría en las figuras que exigen la presencia de especiales características del conocer o del querer del autor, se torna innecesaria desde el momento en que se configuran tales características como elementos

⁵⁶⁰Vid. extensamente MAZZACUVA, N.: *Il disvalore di evento nell'illecito penale*. Milano, 1983, págs.223 y siguientes; del mismo autor: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.96 y siguientes; PICOTTI, L.: *Il dolo specifico*. Milano, 1993, págs.553 y siguientes.

⁵⁶¹Cfr. MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.96 y siguiente. Esta función del dolo específico ya fue señalada en su día por CARRARA. Cfr. PICOTTI: *Il dolo specifico*. cit. pág.550, nota núm.27. Ampliamente, en sentido crítico sobre la utilización del dolo específico en los delitos contra el patrimonio, vid. SGUBBI, F.: *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e <<reati contro il patrimonio>>*. Milano, 1980, págs.233 y siguientes.

⁵⁶²Hacen referencia expresamente a esta necesidad, entre otros, CUELLO CALON: *Derecho Penal*. Tomo II. Parte Especial. Vol. II. 1980, cit. pág.848; PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal (Parte Especial)*. Madrid, 1988, pág.586. Sobre el ánimo de lucro como elemento subjetivo distinto del dolo, vid. por todos BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.80 y siguientes; MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1994, cit. págs.220 y siguiente.

subjetivos del injusto⁵⁶³ o momentos especiales de la reprochabilidad⁵⁶⁴. De esta forma, en referencia a los primeros (elementos subjetivos del injusto), afirma QUINTERO OLIVARES⁵⁶⁵ que "si de la presencia o ausencia de esas connotaciones subjetivas depende que el hecho sea o no típico, quiere decir que tales aspectos subjetivos del hecho son esenciales para su relevancia antijurídica; llamarles entonces <<dolo específico>> implica tácitamente declarar como <<típico>> un hecho que el Derecho positivo no contempla como delictivo a no ser que concurra un elemento subjetivo; y como es evidente que lo indiferente al derecho no puede ser <<típico>> resulta obvio que la expresión <<dolo específico>> encierra una contradicción".

Los elementos subjetivos del injusto aparecen en aquellos casos en que no es suficiente para llegar a la afirmación de la antijuridicidad la sola consideración de la dimensión.

⁵⁶³Sobre la diferencia entre las expresiones "elementos subjetivos del tipo" y "elementos subjetivos del injusto", generalmente no apreciada en la doctrina, que utiliza ambas como sinónimas (cfr. por ejemplo JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.285), vid. QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte general*. 1992, cit. pág.305.

⁵⁶⁴Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.463. Distintos de los elementos subjetivos del injusto son las características subjetivas que pertenecen al ámbito de la culpabilidad. Mientras que los primeros, como hemos visto, determinan la existencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, o una mayor o menor lesión o puesta en peligro, las segundas fundamentan únicamente un aumento o disminución de la reprochabilidad del hecho. Privilegian o agravan una determinada conducta que, de no concurrir el elemento subjetivo de que se trate, sería más severa o más levemente conminada. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.136; ampliamente, vid. PICOTTI: *Il dolo specifico*. cit. pág.554, nota núm.38; TORIO LOPEZ, A.: *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*. "ADPCP" 1972, págs.81 y siguientes.

⁵⁶⁵QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte general*. 1992, cit. pág.305. Vid. una síntesis de la evolución doctrinal española en torno al tema del dolo específico en PICOTTI: *Il dolo specifico*. cit. págs.423 y siguientes.

externa de la conducta, sino que se hace necesario tomar también en cuenta una concreta tendencia subjetiva o actitud psíquica por parte del sujeto activo⁵⁶⁶. Se trata, pues, de especiales momentos anímicos que confieren trascendencia jurídico-penal a la actuación del agente, la cual podría carecer de ella si no fuesen exigidos y comprobados⁵⁶⁷. Rompen, en fin, la equivocidad objetiva del hecho, adelantando además la línea de intervención penal, como veremos a continuación.

Se distinguen tradicionalmente tres clases de elementos subjetivos del injusto⁵⁶⁸. Los delitos de intención requieren

⁵⁶⁶COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.307. Vid. también BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.292; GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.237.

Así pues, se exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto para confirmar la verdadera naturaleza de la conducta no suficientemente expresada objetivamente, "para determinar por tanto su relevancia social en el marco de la protección de bienes jurídicos, y posibilitar así un juicio valorativo general y normalizado sobre ella". DIEZ RIPOLLES, J. L.: *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Valencia, 1990, pág.89.

⁵⁶⁷Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.136; PICOTTI: *Il dolo specifico*. cit. pág.555.

Se ha advertido, no obstante, de la necesidad de no exagerar la importancia de los elementos subjetivos del injusto hasta el punto de que parezca que su presencia acarrea la antijuridicidad automática y su ausencia la licitud o la irrelevancia típica de la conducta. Cfr. QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte general*. 1992, cit. pág.306.

⁵⁶⁸En España, al igual que en Alemania, las distintas clases de tipos en atención a los diferentes elementos subjetivos del injusto es aceptada pacíficamente. A título de ejemplo, vid. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. págs.309 y siguientes; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*. Madrid, 1979, pág.47; GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. págs.237 y siguientes; MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*. 1990, cit. págs.279 y siguientes; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte General*. 1994, cit. págs.409 y siguientes; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.564 y siguientes. Ofrece una clasificación más compleja POLAINO NAVARRETE, M.: *Los elementos subjetivos del injusto en*

que concurra en el sujeto activo una finalidad o motivo que va más allá de la realización de la conducta típica⁵⁶⁹, de tal forma que la mera comprobación de la existencia de dicha finalidad en la línea expresada en el tipo, junto con la exteriorización de la conducta, es suficiente para la afirmación de la infracción punible, aun cuando esa intención no llegara a realizarse⁵⁷⁰. Esta clase de elementos subjetivos da lugar a delitos de resultado cortado o a delitos mutilados de dos actos, según que la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirija, respectivamente, a un resultado independiente de su propia actuación (esto es, basta con el acto, no siendo necesario que se produzca su resultado natural, espacio-temporalmente separable⁵⁷¹) o a otra actividad posterior que debe realizar el mismo sujeto⁵⁷². Ambos coinciden, en cambio, en que no es preciso para la consumación

el Código penal español. Sevilla, 1972, págs.251 y siguientes. En la doctrina alemana, por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.284 y siguientes; MAURACH/ ZIPF: *Derecho penal. Parte general*. I. Trad. de la 7. ed. alemana. 1995, cit. § 22, V, Rn.51 y siguientes (págs.395 y siguiente), con ulteriores indicaciones bibliográficas.

⁵⁶⁹Cfr. por todos CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 4. ed. 1994, cit. pág.362. La categoría de los delitos de intención fue ya afirmada por BINDING: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. BT. I. Nueva reimpression de la 2ª ed. de Leipzig, 1902. Aalen, 1969, págs.11 y siguiente.

⁵⁷⁰Vid. por todos, en la doctrina especializada sobre delitos societarios, BAIGUN: *Administración fraudulenta e intereses públicos*. cit. pág.92.

⁵⁷¹Cfr. BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal español. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.293.

⁵⁷²Cfr. BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.293. De acuerdo con JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.240 y 286 y siguiente, en los delitos de resultado cortado la acción típica se complementa con la persecución de un resultado externo que va más allá del tipo objetivo y que debe producirse por sí mismo después del hecho, esto es, sin intervención del autor. Por el contrario, en los delitos mutilados de dos actos el autor ha de querer producir, por su propia actuación, después de la realización del tipo, ese resultado que trasciende al tipo objetivo.

del delito que el resultado perseguido o el segundo acto pretendido lleguen a producirse realmente, bastando el aspecto subjetivo⁵⁷³. La completa punibilidad que representa la consumación se situaría, de esta forma, en una fase anterior al total menoscabo del bien jurídico que comportaría la realización de la voluntad del sujeto⁵⁷⁴.

El artículo 302 del PCP de 1992 recogía en su tipo uno de estos elementos subjetivos de intención. En efecto, este precepto castigaba a los administradores "que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la Sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de éstos, o contraigan obligaciones a su cargo". Ambas modalidades de acción podían ser perfectamente legítimas si se realizaran con una finalidad inocua; era la presencia de una tendencia subjetiva egoísta, la específica intención de obtener lucro con perjuicio de otros, la que confería al comportamiento su cualidad lesiva⁵⁷⁵. El artículo 296 del PCP de 1994 recoge también este elemento subjetivo del injusto al sancionar a los administradores que "con abuso de confianza, causaren un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero". La preposición "en", indicadora de la finalidad inmediatamente pretendida⁵⁷⁶, no implica que el beneficio perseguido haya de

⁵⁷³Cfr. BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. págs.293 y siguiente; CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. I. 4. ed. 1994, cit. pág.362; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.219.

⁵⁷⁴BORJA JIMENEZ, E.: *La terminación del delito*. Valencia, 1994, pág.74.

⁵⁷⁵Vid. CHIARAVIGLIO, G.: *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*. "Riv. dei dottori commercialisti" 1992 I, págs.214 y siguiente.

⁵⁷⁶Cfr. en la doctrina tradicional ANTON ONECA: *Derecho penal*. 1986, cit. pág.251; RODRIGUEZ MUÑOZ: *Notas. a la trad. esp. del Tratado de Mezger*, I, cit. pág.292. Por otra parte,

ser correlativo al perjuicio efectivamente causado⁵⁷⁷ a los sujetos pasivos mencionados por el tipo. Por otro lado, parece innecesaria la alusión al beneficio propio, de algún socio o de un tercero⁵⁷⁸, desde el momento que el dato verdaderamente relevante ha de ser el perjuicio causado a los sujetos pasivos citados en el tipo.

También el tipo contenido en el artículo 292 del PCP de 1994, que sanciona a los administradores que falseen "las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero"⁵⁷⁹, recoge un elemento subjetivo del injusto de intención⁵⁸⁰. Ahora bien, la ley penal no siempre emplea con

STAMPA/ BACIGALUPO: La reforma del Derecho penal económico español. cit. pág.152, advierten con razón que la expresión "en perjuicio de" no excluye que se interprete el tipo en que concurre como un delito de peligro. En el mismo sentido, afirma MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.332, nota núm.65, que dicha expresión no denota claramente la exigencia de resultado lesivo, ya que puede ser interpretada como un animus o incluso como un resultado de peligro.

⁵⁷⁷La partícula "con" en referencia al perjuicio supone la exigencia efectiva del resultado de lesión patrimonial. Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.860.

⁵⁷⁸En el mismo sentido, en referencia a la expresión "en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa en la que, directa o indirectamente, estuvieren interesados", utilizada en el artículo 368 del PCP de 1980, vid. GOMEZ BENITEZ: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal. cit. pág.484.

⁵⁷⁹El apartado primero del artículo 300 del PCP de 1992 exigía la presencia en el sujeto activo de una intención, "para causar un perjuicio a la sociedad, a cualquiera de sus socios o a un tercero". El resultado lesivo, no obstante, no se necesitaba para la consumación (delito de resultado cortado). Una expresión similar a la contenida en el artículo 292 del Proyecto de 1994 aparecía ya en el artículo 299 del PCP de 1992.

⁵⁸⁰En este sentido, cfr. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: Los delitos societarios en la Reforma penal proyectada. cit. pág.157.

sentido uniforme el giro "para" seguido de infinitivo, lo que suscita de hecho dificultades exegéticas. Con JESCHECK⁵⁸¹, entendemos que "en la mayoría de los casos la intención ha de entenderse en el sentido de voluntad dirigida a una meta. En la Parte Especial la intención se utiliza a menudo como elemento subjetivo del tipo, de modo que la voluntad respecto al resultado carece de correspondencia en la faceta subjetiva". La presencia de este elemento obliga a afirmar que sólo cabe el dolo directo en el tipo en cuestión, puesto que quien quiere provocar un perjuicio está seguro de producir el resultado⁵⁸². Estas consideraciones son también aplicables a la expresión utilizada en el artículo 293 del Proyecto de 1994, que sanciona a "los que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en una compañía, impusieren acuerdos abusivos, con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios, y sin que reporte beneficios a la misma".

Los elementos subjetivos de tendencia exigen que el sujeto activo confiera a la misma acción típica un determinado sentido subjetivo⁵⁸³. Algunos autores incluyen también aquí los llamados "elementos de la actitud interna" (*Gesinnungsmerkmale*)⁵⁸⁴, mientras que otros mantienen una

⁵⁸¹Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.268.

⁵⁸²Cfr. BAIGUN: Administración fraudulenta e intereses públicos. cit. pág.91. En el mismo sentido, vid. TIEDEMANN: Presente y futuro del Derecho penal económico. cit. pág.41.

⁵⁸³Cfr., entre otros, CEREZO MIR: Curso de Derecho penal español. Parte general. I. 4. ed. 1994, cit. págs.362 y siguiente; y OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho penal. Parte general. 1986, cit. pág.137, quienes señalan que "la conducta del autor debe estar dominada por una especial dirección de su voluntad que le confiere un carácter propio".

⁵⁸⁴Cfr., por todos, MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. pág.280. En la doctrina alemana, vid. GALLAS, W.: Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. "ZStW" 1955, pág.46. Sobre estos elementos de la actitud interna de la culpabilidad, ampliamente, HARDWIG, W.: Die *Gesinnungsmerkmale* im Strafrecht. "ZStW" 1956, págs.14 y siguientes; SCHMIDHÄUSER,

concepción diferenciadora que distingue entre los elementos de la actitud interna de la culpabilidad y los elementos del injusto⁵⁸⁵. Sólo la consideración diferenciadora se ajusta a la realidad de que los puntos de referencia de estos elementos se hallan repartidos por todo el ámbito del injusto y de la culpabilidad, de forma que únicamente cabe incluir los elementos de la actitud interna impropios entre los elementos subjetivos del injusto. La distinción es muchas veces difícil, pero debe hacerse puesto que en otro caso no es posible resolver adecuadamente los problemas que se plantean en sede de error y de participación⁵⁸⁶.

Normalmente se añade un grupo formado por el conocimiento de la falsedad de la declaración en los delitos de

E.: *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen, 1958, *passim*.

⁵⁸⁵Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.137. Vid. también JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.427 y siguiente, quien señala que "sólo pueden estimarse como genuinos elementos de la culpabilidad aquellos componentes de la actitud interna que no descansan en un correlativo punto de referencia dentro del área del injusto, sino que se derivan inmediata y exclusivamente de supuestos fácticos propios del ámbito de la culpabilidad. En cambio, los elementos de la actitud interna que aparecen únicamente como el envés subjetivo de específicos elementos del injusto no son otra cosa, a su vez, que elementos subjetivos del injusto (elementos de la actitud interna impropios)". Estos elementos genuinos de la culpabilidad se manifiestan objetivamente en la comisión del hecho, aunque son demostrativos de una especial conformación interna de la voluntad o de una específica actitud psíquica que sirve para caracterizar mejor el juicio de reproche, como pone de relieve GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. págs.240 y siguiente. De los genuinos elementos de la culpabilidad se deben diferenciar aquellos otros que, aun siendo asimismo demostrativos de una especial actitud interna, influyen directamente en la naturaleza del injusto. Cfr. en este sentido TORIO LOPEZ: *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*. cit. pág.83.

⁵⁸⁶Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.428 y siguientes.

expresión⁵⁸⁷. Se trata no obstante de una inclusión discutida⁵⁸⁸, cuya relevancia en los delitos societarios es nula, por lo cual no me extenderé en su comentario.

En la doctrina se señala asimismo la existencia de toda una serie de tipos en los que se infiere de la propia índole de los verbos empleados para describir el hecho que el injusto viene caracterizado no sólo objetivamente, sino también por la presencia de una aspiración subjetiva a un fin⁵⁸⁹, no obstante lo cual no configuran elementos subjetivos del injusto⁵⁹⁰. Es

⁵⁸⁷En los delitos de expresión se requiere que haya en el autor un estado interior de conocimiento al que se contrapone el comportamiento externo. Cfr. CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. Parte general. I.** 4. ed. 1994, cit. pág.363; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. pág.287; RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte General.** 1994, cit. págs.409 y siguiente.

⁵⁸⁸En efecto, para los causalistas es preciso incluir aquel conocimiento entre los elementos subjetivos del injusto, distinguiéndolo del dolo, mientras que el esquema finalista reconoce que en realidad el conocimiento de la falsedad de la declaración integra el conocimiento necesario al propio dolo en los delitos de expresión, no tratándose, pues, de un elemento subjetivo distinto al dolo. Cfr. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. pág.280.

⁵⁸⁹COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General.** 1991, cit. págs.309 y siguiente. Por su parte, JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. pág.219, señala que el empleo de "vocablos de actividad final" revela que no se puede prescindir del aspecto interno de la acción típica sin que el hecho pierda su específico sentido como injusto merecedor de pena.

La existencia en algunos tipos delictivos de conductas inequívocamente finalistas ha sido utilizada para fundamentar la pertenencia del dolo al tipo de injusto. Vid., por todos, CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. Parte general. I.** 4. ed. 1994, cit. pág.367; CORDOBA RODA, J.: **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito.** Barcelona, 1962, pág.80. Para RODRIGUEZ MOURULLO: **Derecho Penal. Parte General.** 1978, cit. págs.254 y siguientes, en los tipos configurados de un modo finalista se incluye en el tipo de injusto la "voluntad que conforma ontológicamente la acción".

⁵⁹⁰Y ello a pesar de las constantes afirmaciones de la jurisprudencia acerca de la existencia, por ejemplo, de un elemento subjetivo del injusto en los delitos de falsedad, consistente en el conocimiento de que se altera la verdad y en

el caso del verbo "falsear", empleado en el artículo 292 del Proyecto de 1994, el cual no describe únicamente un proceso causal sino que contribuye a configurar el tipo de injusto sobre la base de la existencia y necesidad de un momento anímico⁵⁹¹. Las mismas consideraciones son reproducibles con respecto a los verbos "prevalerse" (artículo 293), "negar" o "impedir" (empleados de forma alternativa en el artículo 295⁵⁹²).

¿Cómo se ha de valorar la introducción de elementos subjetivos del injusto en los delitos societarios?

La tipificación de algunos delitos societarios como

la voluntad de alterarla. Vid. SSTs 28 junio 1991 (Ar. 4844) y 25 noviembre 1992 (Ar. 9522), entre otras.

Vid. también las consideraciones efectuadas por CEREZO MIR, J.: **Problemas fundamentales del Derecho Penal**. Madrid, 1982, pág.224, al hilo del comentario acerca del aspecto subjetivo en el delito de atentado propio.

⁵⁹¹Vid. sobre las expresiones "falsificar" y "cometer falsedad" en el actual Código penal, ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.244 y siguiente. Como hemos visto, el TS continúa afirmando en las falsedades la existencia de un elemento subjetivo del injusto.

Resalta MAZZACUVA: **Problemi attuali di Diritto penale societario**. cit. pág.110, que la propia ley señala el límite de la punibilidad de la información societaria al utilizar el término "falsa" y no, simplemente, "errónea", "inexacta" o "incompleta", términos éstos que no impedirían apreciar la comisión imprudente del delito. Según la opinión mayoritaria en la doctrina italiana, el tipo de falsas informaciones sociales contenido en el artículo 2621 C.c. exige la presencia de un elemento subjetivo que, dependiendo de cada autor, consiste en la *intentio decipiendi*, el *animus lucrandi* o el *animus nocendi*, o bien en una combinación de todos ellos. Una postura crítica frente a semejante indeterminación del elemento subjetivo es sostenida, entre otros, por MANTOVANI: **Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa**. cit. pág.18.

⁵⁹²Al hilo del estudio del actual artículo 357 del Código penal (que sanciona la negativa a juzgar y el retardo malicioso en la administración de Justicia) señala, entre otros, ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.444, que el verbo "negar" tiene un marcado acento intencional.

delitos de resultado cortado tiene una clara significación. Desde la perspectiva del bien jurídico se ha señalado que ambas categorías (delitos de resultado cortado y mutilados de dos actos) se encuentran inspiradas por idéntica "pretensión del legislador de trasladar el centro de gravedad de la defensa frente al infractor, a una etapa anterior al ataque"⁵⁹³, siendo consideradas como "categorías impuras dentro del sistema del bien jurídico"⁵⁹⁴, puesto que se refuerza su protección "estimando consumada la infracción antes incluso de que se produzca su lesión"⁵⁹⁵. No comparto el tono crítico de estas manifestaciones. La construcción de algunos delitos societarios como delitos de resultado cortado pretende, efectivamente, adelantar la línea defensiva trasladando elementos del tipo objetivo hasta el tipo subjetivo⁵⁹⁶, sin exigir su efectiva producción⁵⁹⁷. Con ese adelantamiento de la punibilidad a un momento anterior el legislador ha decidido dotar de una mayor

⁵⁹³MAURACH: Tratado de Derecho Penal. T. I. 1962, cit. pág.280. Vid. en sentido altamente crítico, SGUBBI: Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. cit. págs.225 y siguiente.

⁵⁹⁴Cfr. RODRIGUEZ MUÑOZ: Nota a la trad. esp. del Tratado de Derecho penal de Mezger, E. T. I. cit. págs.253 y siguientes. Parte de la doctrina italiana considera inconstitucionales los preceptos que contienen elementos subjetivos del injusto, alegando que "*tutto il fuoco del disvalore si incentrerebbe su di un mero atteggiamento psichico*" y que la diferencia entre "*ipotesi criminose siffatte e repressione penale della mera Gesinnung sarebbe assai tenue*". BRICOLA: Teoria generale del reato. cit. pág.87. En el mismo sentido, vid. por todos MANTOVANI: Diritto penale. Parte generale. 1992, págs.155 y siguientes.

⁵⁹⁵COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.336. Se trata, efectivamente, de tipos de consumación anticipada.

⁵⁹⁶Cfr. en general JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. págs.240 y 599; BUSTOS RAMIREZ: Manual de Derecho Penal Español. Parte general. 4. ed. 1994, cit. págs.292 y siguiente.

⁵⁹⁷Ocorre lo mismo, por ejemplo, en los delitos previstos en el actual artículo 325 bis del Código Penal, como señala MANJON-CABEZA OLMEDA, A.: Algunos aspectos de los delitos previstos en el artículo 325 bis del Código penal. "ADPCP" 1988, pág.163, sin que ello haya suscitado ninguna crítica.

protección a específicos bienes jurídicos⁵⁹⁸. En los delitos societarios tal adelantamiento se justifica en la idea de orientar los preceptos que nos ocupan a la tutela de los intereses patrimoniales tanto de la sociedad como de los socios y terceros y, a través de aquéllos, a la protección del orden económico en general, entendido siempre en sentido amplio⁵⁹⁹. Y una amplia protección del patrimonio implica atender a todo empobrecimiento generado mediante la conducta defraudatoria o engañosa de quien pretende enriquecerse a costa de otro.

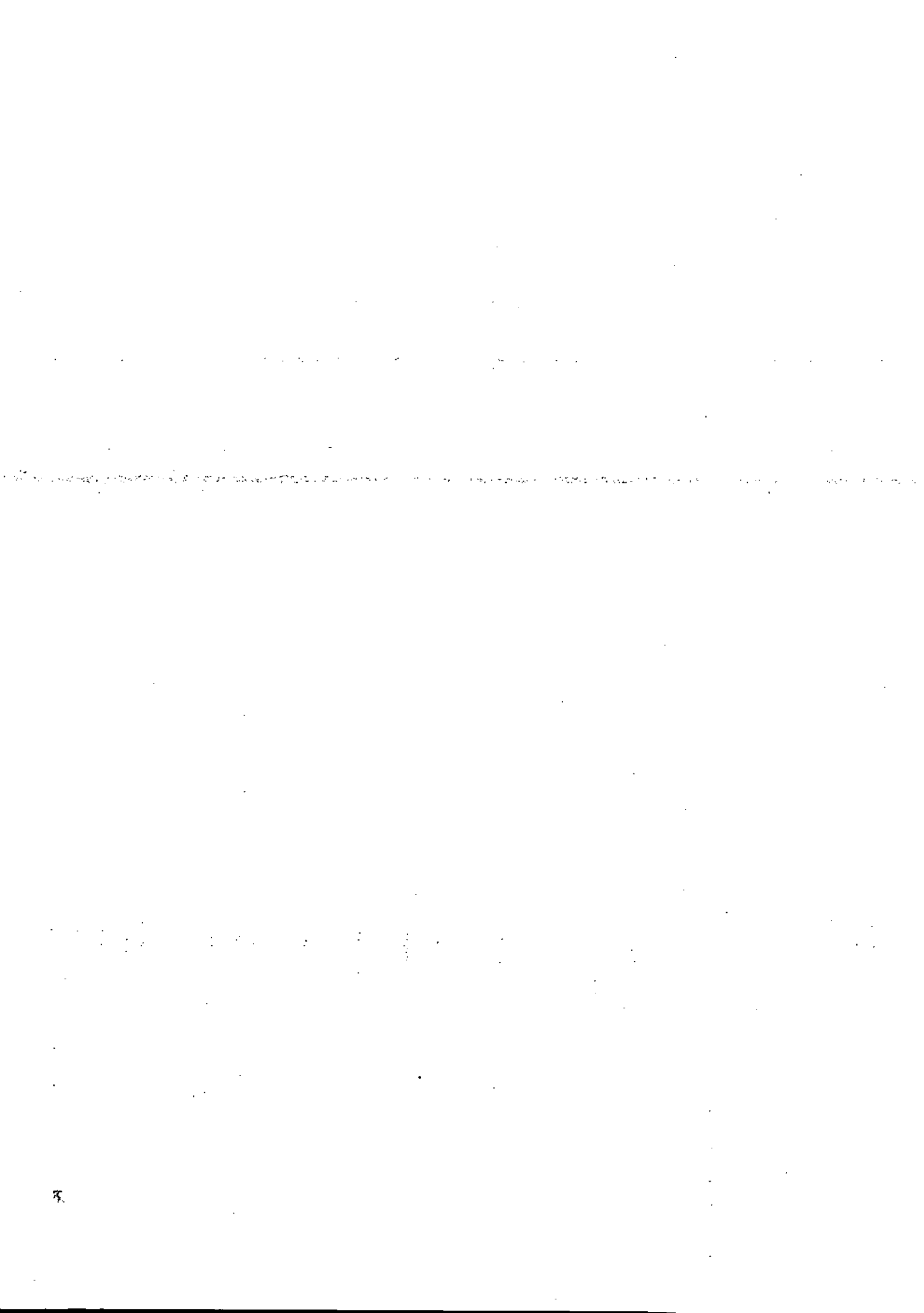
Por otra parte, ya en otros Ordenamientos se ha reconocido que los elementos subjetivos del injusto desempeñan, entre otras, una función selectiva de las conductas abstractamente merecedoras de pena⁶⁰⁰, sin que ello haya merecido objeciones de especial entidad. Tal utilización como criterio selectivo es especialmente necesaria en la labor de tipificación de delitos económicos. A pesar de ello, se ha criticado la existencia de estos elementos subjetivos del injusto determinantes de la existencia o no de la antijuridicidad de

⁵⁹⁸Cfr. BORJA JIMENEZ: La terminación del delito. cit. pág.74.

⁵⁹⁹Vid. supra.

⁶⁰⁰Vid., por ejemplo, la regulación del delito de abuso de facultades jurídico-sociales ("*Mißbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse*") efectuada en el parágrafo 183 del Proyecto Alternativo alemán. Los autores de dicho Proyecto consideraron que no podía resultar suficiente el simple actuar doloso, de forma que introdujeron un específico elemento subjetivo del injusto, representado por el obrar "en beneficio propio o ajeno", aclarando además que el "beneficio ajeno" ha de ser entendido únicamente como beneficio societario ajeno. Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.298. Vid. también LAMPE/ LENCKNER/ STREE/ TIEDEMANN/ WEBER: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Wirtschaft*. 1977, cit. § 183, pág.61.

Sobre la situación en la doctrina italiana, vid. por todos MAZZACUVA: *Il disvalore di evento nell'illecito penale*. cit. págs.223 y siguientes; del mismo autor: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.98 y siguiente; MEYER: *Le ipotesi di false comunicazioni sociali previste nelle leggi speciali*. en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. cit. pág.120.



la conducta, puesto que se considera que el delito no debe consistir únicamente en una actitud psicológica, aunque sea reprochable, sino en un hecho ofensivo de un bien jurídico penalmente protegido⁶⁰¹.

Ahora bien, conviene tener también en cuenta que en el ámbito de la delincuencia económica repercute, en ocasiones de forma desfavorable, el hecho de que el tipo subjetivo exija además del dolo determinadas intenciones ulteriores⁶⁰². En hechos complejos esto crea tanto problemas de imputación como de prueba del elemento subjetivo⁶⁰³. En efecto, las dificultades de comprobación que encierran estos aspectos

⁶⁰¹Cfr. BRICOLA: *Teoria generale del reato*. cit. pág.87; MAZZACUVA: *Il disvalore di evento nell'illecito penale*. cit. págs.219 y siguientes; SGUBBI: *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*. cit. págs.224 y siguiente. Más ampliamente, vid. PICOTTI: *Il dolo specifico*. cit. págs.551 y siguientes.

⁶⁰²Cfr. HEREDERO: *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*. cit. pág.90; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos financieros*. cit. pág.857; del mismo autor: *Delitos societarios*. cit. págs.64 y siguiente. Señala DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: *Los delitos societarios en la Reforma penal*. cit. pág.158, que "parece correcta la supresión de la enumeración de los objetivos perseguidos por el sujeto activo, tal y como aparecía en el artículo 365 del Proyecto de 1980 y en el artículo 294. 2 de la Propuesta de 1983". En el mismo sentido, en referencia a los delitos societarios de falsas informaciones sociales en el PCP de 1992, vid. TIEDEMANN: *Presente y futuro del Derecho penal económico*. cit. pág.41.

Vid. críticamente sobre la interpretación jurisprudencial en torno a los elementos subjetivos en los delitos societarios en Italia, MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.101 y siguiente. Para la situación alemana, por todos, KLUG, U.: *Aktienstrafrecht*. Berlin, 1975, págs.736 y siguiente.

⁶⁰³Cfr. AUGER LIÑAN, C.: *Delitos bursátiles*. "PJ" núm. especial IX, cit. pág.229. Más ampliamente vid., por todos, ECKER, S.: *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale*. Diss. Göttingen, 1981, págs.108 y siguientes; KAISER: *La criminalidad económica y la forma de combatirla*. cit. pág.208; TIEDEMANN: *Poder económico y delito*. cit. págs.36 y siguiente; del mismo autor: *Presente y futuro del Derecho penal económico*. cit. pág.41. Vid., sobre la superación de la inaccesibilidad de los elementos subjetivos, DIEZ RIPOLLES: *Los elementos subjetivos del delito*. cit. págs.323 y siguientes.

internos del hecho son obvias, pues siempre cabrá aducir, por ejemplo, que el autor ha realizado la conducta típica en favor de la sociedad, pero sin querer perjudicar a nadie⁶⁰⁴. Ello puede suponer condenar los delitos societarios a la ineficacia⁶⁰⁵. No obstante, los casos más habituales son aquellos en los que el administrador asiente al resultado dañoso en el momento en que toma la decisión de, por ejemplo, conferir crédito en nombre de la sociedad a un deudor insolvente porque le reporta un beneficio personal.

Con ello se plantea el tema del tratamiento jurídico-penal que ha de darse a la ausencia de los elementos subjetivos requeridos por el tipo⁶⁰⁶, subsistiendo el dolo. Se producirá la impunidad si la conducta dolosa sin los elementos subjetivos correspondientes no integra ningún otro tipo, mientras que se aplicará otro tipo penal si la conducta dolosa realizada sin los elementos subjetivos de que se trate integra otra figura de delito⁶⁰⁷. Se daba este último supuesto en el caso del

⁶⁰⁴Cfr. KAISER: *La lucha contra la criminalidad económica*. cit. pág.208, refiriéndose al artículo 294. 1 de la Propuesta de 1983. En el mismo sentido, vid. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: *Los delitos societarios en la Reforma penal proyectada*. cit. pág.158.

⁶⁰⁵Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.82.

⁶⁰⁶El error sobre los elementos subjetivos del injusto constituye indudablemente un error de tipo. Ampliamente, vid. *infra*.

⁶⁰⁷Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.138, quienes advierten que la no concurrencia del elemento subjetivo determina la atipicidad de la conducta respecto a la correspondiente figura de delito de que se trate, lo que no supone necesariamente la impunidad, como hemos adelantado en el texto, ya que puede reunir la totalidad de las características exigidas por otro tipo de delito que no demande la concurrencia del mismo elemento subjetivo.

LLeva, pues, razón MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.282, cuando sostiene que "para la aplicación de los artículos 565, 586-3.º (artículo 586 bis) o 600 en relación con un determinado delito, es preciso que concurren todos los elementos del mismo -incluidos los subjetivos- distintos al dolo: lo único que debe faltar es el dolo".

artículo 299 del PCP de 1992. En efecto, en la sistemática de este Proyecto se producía prácticamente una superposición entre el delito societario previsto en el artículo 299 y el delito de falsedad documental regulado en el artículo 378, los cuales se hallaban en relación de especialidad⁶⁰⁸, de forma que la diferencia más relevante entre ellos estaba constituida por la exigencia en el primero de un elemento subjetivo del injusto que comportaba un peligro para el patrimonio ("para causar un perjuicio a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero"). En caso de ausencia de este elemento subjetivo, cuya introducción ya fue criticada durante la tramitación parlamentaria⁶⁰⁹, entraría en juego el delito básico de falsedad⁶¹⁰.

No se deben confundir los elementos subjetivos del injusto con las expresiones que a veces utiliza el legislador para reforzar la exigencia de la concurrencia de dolo directo, como "de propósito", "intencionadamente" o "maliciosamente". En estos casos se "pretende subrayar que una intención menos evidente determinaría que el hecho no mereciera la atención del Derecho penal"⁶¹¹, de forma que se limita la esfera del precepto a los comportamientos imputables a título de dolo directo. Efectivamente, según la doctrina mayoritaria la

⁶⁰⁸Entendemos la especialidad en sentido lógico estricto como relación de inclusión entre los tipos penales, constituyendo el primero la especie y el segundo el género. Cfr., entre otros, JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.672; SANZ MORAN, A. J.: El concurso de delitos: aspectos de política legislativa. Valladolid, 1986, págs.122 y siguiente.

⁶⁰⁹Cfr. enmienda núm.763 del Grupo parlamentario IU-IC, que entiende que las falsedades dolosas encierran todos los requisitos para ser punibles, sin necesidad de ulteriores finalidades.

⁶¹⁰Cfr. SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas. cit. pág.396.

⁶¹¹QUINTERO OLIVARES: Derecho Penal. Parte general. 1992, cit. págs.307 y 344.

inclusión en el tipo de una expresión como las señaladas, y en particular del adverbio "maliciosamente", excluye la apreciación tanto de la imprudencia (en un sistema de cláusula general⁶¹²) como del dolo eventual, siendo posible únicamente el dolo directo⁶¹³, mientras que en muchos tipos que contienen

⁶¹²La opinión dominante en España considera que de la referencia expresa al dolo se deduce la voluntad de la ley de dejar impunes las correspondientes conductas culposas, siempre en referencia al sistema de cláusula general de imprudencia que actualmente existe. Vid., por ejemplo, ANTON ONECA: **Derecho Penal**. 1986, cit. pág.224; CORDOBA RODA: **Notas a la trad. del Tratado de Derecho Penal de Maurach**, cit. II, págs.216 y siguiente; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte General**. 1994, cit. pág.486; TORIO LOPEZ: **Sobre los límites de la ejecución por imprudencia**. cit. págs.80 y siguientes.

Vid. en contra, por todos, CEREZO MIR: **Curso de Derecho Penal Español. Parte general**. I. 4. ed. 1994, cit. pág.411, quien alega que "para apreciar la posibilidad de realización culposa de una figura delictiva hay que hacer abstracción precisamente del dolo, siendo indiferente, a este respecto, que se haga o no mención expresa del mismo, lo cual obedece únicamente a razones de estilo". Por su parte, QUINTANO RIPOLLES, A.: **Derecho penal de la culpa**. Barcelona, 1958, págs.234 y siguientes, también considera que la expresa mención al dolo en determinados tipos obedece sólo a cánones gramaticales, sin que por ello se pueda excluir la comisión imprudente. Es obvio que el tema no se plantea en un sistema de "*numerus clausus*" de delitos imprudentes como el diseñado en el Proyecto de 1994.

⁶¹³Cfr. GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. pág.238; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.268 y siguiente. Vid. también la opinión semejante que sostienen los comentaristas al hilo del estudio del actual artículo 348 bis: por todos, RODRIGUEZ RAMOS, L.: **Artículo 348 bis**. en AA.VV: **Código penal comentado**. Madrid, 1990, pág.657, quien señala que el adverbio "maliciosamente" exige dolo directo, "exclusivo de la versión culposa y, según la mayoría de los autores, incluso del dolo eventual"; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. pág.483; y BOIX en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.389. En el mismo sentido, con respecto al adverbio "intencionadamente", vid. MARTINEZ PEREZ: **Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de código penal de 1992**. cit. págs.358 y siguientes.

No comparto la opinión de quienes consideran que términos como "de propósito" o "maliciosamente" son utilizados en el actual Código penal como sinónimos del dolo en toda su extensión, como afirman CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. Parte general**. I. 4. ed. 1994, cit. págs.392 y siguiente y 411 (nota núm.48), o RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal**

elementos subjetivos del injusto es posible apreciar el dolo eventual⁶¹⁴. El adverbio "maliciosamente" se utiliza en el artículo 295 del Anteproyecto de 1994 ("los que, como administradores, de hecho o de derecho de una sociedad mercantil, maliciosa y reiteradamente, negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes..."). La exigencia tanto del dolo directo como de la reiteración permite afirmar la ofensividad de una conducta que, de otra forma, podría constituir un mero incumplimiento de obligaciones y deberes mercantiles no merecedor de sanción penal.

7. 6. 2. 3. El dolo. Especial referencia al dolo eventual.

El dolo constituye la forma más grave de imputación subjetiva⁶¹⁵. Es obvio que el peligro que supone para los bienes jurídicos protegidos la comisión de un delito doloso es

Español. Parte General. 1994, cit. págs.469 y siguientes, entre otros. Un uso semejante sería meramente reiterativo, casi estilístico, sin aportar ningún contenido apreciable al tipo. Tampoco me parece correcto el parecer de aquellos autores que sostienen que la aparición en el tipo de las expresiones que nos ocupan se debe más a la imprecisión técnica o al condicionamiento causado por las fórmulas normativas tradicionales que a la exigencia de especiales requisitos subjetivos, como por ejemplo CUELLO CALON: **Derecho penal. Tomo I. Parte General. Volumen primero. 1980, cit. págs.449 y siguiente.**

⁶¹⁴Cfr. GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito. 1984, cit. pág.238.** El tema de la compatibilidad del dolo eventual con los tipos penales que contienen elementos subjetivos del injusto no ha recibido un amplio tratamiento en nuestra doctrina penal, al contrario de lo que ha sucedido en Alemania. Por lo general sólo se encuentran pronunciamientos aislados en sede de Parte especial.

⁶¹⁵Vid. ampliamente HASSEMER: **Los elementos característicos del dolo. cit. págs.91⁷ y siguientes.**

mayor que el que procede de un sujeto que comete un delito imprudente⁶¹⁶, ya que si el sujeto actúa con la finalidad de producir el resultado típico existen más posibilidades de que lo consiga⁶¹⁷.

La importancia del dolo en la estructura del delito se extrema en el caso de algunos delitos societarios a los que es plenamente aplicable la observación de MIR PUIG, en el sentido de que "el significado objetivo-externo de la conducta típica depende muchas veces de la presencia del dolo, lo que hace que en tales casos sea inimaginable la realización imprudente del hecho"⁶¹⁸.

El dolo significa conocer y querer la realización de los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal⁶¹⁹. Es un lugar común en la doctrina afirmar que las características de los conocimientos necesarios para el dolo dependen, a su vez, de las características de los respectivos elementos del tipo, diferenciándose entre elementos descriptivos y elementos

⁶¹⁶Cfr. HASSEMER: Los elementos característicos del dolo. cit. pág.917; SILVA SANCHEZ: Aproximación al Derecho penal contemporáneo. cit. pág.388.

⁶¹⁷Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida. "ADPCP" 1990, pág.430. En torno a la razón de la más grave penalidad del dolo frente a la imprudencia, vid. ampliamente DIAZ PITA, M. M.: El dolo eventual. Valencia, 1994, págs.301 y siguientes.

⁶¹⁸MIR PUIG: Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. cit. pág.677.

⁶¹⁹En este sentido, JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. págs.263 y siguiente, con ulteriores indicaciones bibliográficas en lengua alemana; MAURACH/ ZIPF: Derecho penal. Parte general. 1. Trad. de la 7. ed. alemana, 1995, cit. § 22, IV, Rn.44 (pág.393). Vid. también CEREZO MIR: Curso de Derecho penal español. Parte general. I. 4. ed. 1994, cit. pág.363; MUÑOZ CONDE: Teoría general del delito. 1990, cit. pág.61; WELZEL, H.: Das Deutsche Strafrecht. 11. Aufl. Berlin, 1969, págs.62 y siguientes.

normativos del tipo⁶²⁰. Por tanto, si el elemento de un tipo penal hace referencia a derechos o relaciones jurídicas, para actuar dolosamente el autor debe tener el pleno conocimiento de su significado, si bien no ha de entenderse por tal la exacta subsunción jurídica, sino que se considera suficiente la "valoración paralela en la esfera del profano"⁶²¹. Esto es, ha de concurrir una estimación del elemento del tipo paralela a la valoración del legislador al nivel mental de la persona individual⁶²².

No obstante, un sector de la doctrina alemana considera que la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego es rechazable, puesto que si se trata de un elemento normativo del tipo penal, para actuar dolosamente el autor simplemente debe conocer los derechos o relaciones jurídicas en que consiste⁶²³. En modo alguno se trataría de hacer una valoración, sino de conocer hechos jurídicos.

⁶²⁰Cfr., entre otros, BUSTOS RAMIREZ: **Manual de Derecho penal español. Parte general**. 4. ed. 1994, cit. págs.284 y siguientes; GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. pág.205; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.265 y siguientes; MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. págs.224 y siguiente, y 258. Esta diferenciación suele reconducirse a WELZEL, quien caracteriza los primeros como "perceptibles por los sentidos" y los segundos como "sólo comprensibles intelectualmente". Vid. ampliamente PUPPE, I.: **Error de hecho, error de derecho, error de subsunción**. "CPC" núm.47, 1992, pág.350.

⁶²¹Esta doctrina, que se halla admitida generalmente, fue desarrollada por MEZGER a partir de las propuestas de BINDING: **Die Normen und ihre Übertretung. Dritter Band. Der Irrtum**. cit. págs.146 y siguientes. Cfr. entre otros, CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 15, Rn.45 (pág.232); JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.265 y siguiente. En España, vid. por todos COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. págs.462 y siguiente.

⁶²²Vid., por todos, JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.265 y siguiente.

⁶²³Cfr. PUPPE: **Error de hecho, error de derecho, error de subsunción**. cit. págs.363 y siguientes, con amplias referencias bibliográficas.

El problema fundamental en torno al dolo surge con relación al concepto híbrido, "fatal campo de nadie entre el dolo y la culpa", que representa el dolo indirecto o eventual⁶²⁴. La aplicabilidad del concepto de dolo eventual a los delitos societarios no ofrece duda en la doctrina comparada⁶²⁵; de ahí la importancia que reviste para nosotros precisar adecuadamente su contenido y efectos, así como distinguirlo de la culpa consciente, impune en el sistema de delitos societarios previsto en el Proyecto de 1994⁶²⁶. No olvidemos que en la vida real de las sociedades las gestiones imprudentes son hartó frecuentes: los excesos en los gastos de representación, en la contratación de personal, en la concesión de crédito, son actos que ingresan generalmente en el ámbito

⁶²⁴Cfr. CORDOBA RODA: *Notas de Derecho Español a la obra de Maurach, R.: Tratado de Derecho Penal. Tomo I.* Barcelona, 1962, pág.321. Vid. también MAURACH/ ZIPF: *Derecho penal. Parte general.* 1. Trad. de la 7. ed. alemana, 1995, cit. § 22, III, Rn.31 y siguiente (pág.387); WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht.* 11. Aufl. 1969, cit. pág.69.

⁶²⁵Vid. por todos BAIGUN: *Administración fraudulenta e intereses públicos.* cit. pág.91; KALIGIN: *Das neue GmbH-Strafrecht.* cit. pág.91, en referencia a los preceptos penales contenidos en la LSRL (GmbH-Gesetz) alemana; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.49 (pág.1991); NAPOLEONI: *I reati societari.* I. cit. pág.376. En efecto, la restricción de la punición como delitos societarios a las conductas realizadas con dolo directo no se justifica. Desde la perspectiva material, el injusto de los delitos societarios no se sitúa principalmente en la decisión del autor ni en su manera de actuar. Desde un punto de vista procesal, la restricción de la punición únicamente a los actos ejecutados a título de dolo directo incidiría negativamente en la ya de por sí problemática eficacia de estos preceptos, puesto que se incrementarían las dificultades para obtener la prueba demostrativa del grado de intencionalidad.

⁶²⁶Como señala DIAZ PITA: *El dolo eventual.* cit. págs.20 y siguiente, la trascendencia de la determinación de los límites entre el dolo y la imprudencia no es una mera elucubración teórica sin ninguna repercusión en la práctica; "antes al contrario, supone decidir la gravedad de la pena a imponer al sujeto autor del hecho o incluso, lo que todavía es más importante, decidir sobre la impunidad o no de una conducta".

de la culpa y quedan por ende exentos de conminación penal⁶²⁷.

Se habla en la doctrina penal de dolo eventual cuando el autor se representa como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar y pese a ello actúa asumiéndolas⁶²⁸. Ahora bien, la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente ha desatado amplias polémicas doctrinales⁶²⁹, que se han centrado en torno al predominio de las teorías de la probabilidad (o de la representación)⁶³⁰, o de las teorías del consentimiento (o de la voluntad)⁶³¹ a la hora de trazar la frontera entre uno y otra, que representa el

⁶²⁷BAIGUN: **Administración fraudulenta e intereses públicos**. cit. pág.91.

⁶²⁸Vid., por todos, CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. Parte general**. I. 4. ed. 1994, cit. págs.387 y siguientes, y especialmente pág.390; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.269. Pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES: **Derecho Penal. Parte general**. 1992, cit. pág.342, que en estos casos doctrina y jurisprudencia coinciden en considerar que es preciso tratar el delito como doloso porque ha habido "algo más" que una actuación culposa.

⁶²⁹Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.271 y siguiente. Una amplia panorámica de la doctrina alemana es ofrecida por DIAZ PITA: **El dolo eventual**. cit. *passim*; y MAURACH/ZIPF: **Derecho penal. Parte general**. 1. Trad. de la 7. ed. alemana, 1995, cit. § 22 III, Rn.34 y siguientes (págs.388 y siguientes).

⁶³⁰Ampliamente, DIAZ PITA: **El dolo eventual**. cit. págs.95 y siguientes, con bibliografía en lengua alemana; MAURACH/ZIPF: **Derecho penal. Parte general**. 1. Trad. de la 7. ed. alemana, 1995, cit. § 22, III, Rn.35 (págs.388 y siguiente). Las posibilidades de clasificación son múltiples, pero a los fines de nuestro estudio basta con la visión general que la bipartición doctrinal comporta. Para una clasificación más amplia, vid. por todos JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.271 y siguiente; COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.465; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. págs.132 y siguientes.

⁶³¹Vid. sobre estas teorías, ampliamente, por todos, DIAZ PITA: **El dolo eventual**. cit. págs.139 y siguientes; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. págs.249 y siguientes; QUINTERO OLIVARES: **Derecho Penal. Parte general**. 1992, cit. pág.342.

límite entre la forma de culpabilidad dolosa y la culposa. La importancia del tema es si cabe mayor en los delitos que no admiten forma imprudente, como deben ser los societarios, pues está en juego nada menos que la tipicidad o atipicidad de la conducta. A ello se añade que la categoría de dolo eventual encuentra su campo de aplicación más favorable allí donde los elementos del tipo delictivo son en gran parte elementos normativos de cierta complejidad, como ocurrirá en general en el Derecho penal económico⁶³².

Ante las críticas que se efectúan a las teorías del consentimiento y de la probabilidad, un sector de la doctrina alemana actual se inclina hacia una postura, en parte ecléctica, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntativo⁶³³. Por un lado se exige que el sujeto tome en serio la posibilidad del delito y, por otro, que se conforme con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto⁶³⁴. Siguiendo recientes tendencias de la doctrina alemana, DIAZ PITA propone una teoría unitaria del dolo, aplicable al dolo eventual, en la que "se trata de dilucidar si el sujeto adoptó o no una decisión que podía perjudicar a

⁶³²Cfr. VOLK, K.: *Introduzione al diritto penale tedesco. Parte generale*. Padova, 1993, pág.72.

⁶³³Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.264 y siguientes.

⁶³⁴Cfr. en este sentido JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.269 y siguientes, con ulteriores indicaciones bibliográficas, quien indica que esta es la opinión mayoritaria en Alemania. El dolo eventual se integra, en esta postura, "por la voluntad de realización concerniente a la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la consideración seria del riesgo de producción del resultado (factor intelectual del injusto de la acción), y en tercer lugar por el conformarse con la producción del resultado típico como factor de la culpabilidad" (pág.270). Vid. también WESSELS, J.: *Strafrecht. AT. Die Straftat und ihr Aufbau*. 23. Aufl. 1993, Heidelberg, § 7, 3 (págs.65 y siguientes, y especialmente pág.68). A un resultado parecido llega FRISCH: *Vorsatz und Risiko*. cit. págs.490 y siguientes.

un bien jurídico merecedor de la especial protección que el Derecho penal le otorga"⁶³⁵, decisión que se da, en palabras de ROXIN, cuando el sujeto se plantea, ante la posibilidad de la producción de un resultado lesivo, abstenerse de actuar o seguir adelante con su plan⁶³⁶. En estos casos se pone de manifiesto un desinterés evidente del autor hacia la integridad del bien jurídico amenazado, siendo indiferente que el objetivo del sujeto sea la destrucción del bien jurídico o bien que esa destrucción sea el único camino para alcanzar otro fin propuesto en su plan de acción⁶³⁷. Existirá culpa consciente cuando el sujeto ha reconocido el peligro concreto, pero o no lo toma en serio⁶³⁸ o pese a tomarlo ciertamente en serio no confía, de modo contrario al deber de cuidado, que el resultado lesivo no se produzca⁶³⁹.

Y cualquiera que sea el punto de partida teórico elegido, no cabe duda que en sede de prueba procesal la determinación de la existencia del dolo eventual debe superar graves dificultades⁶⁴⁰, puesto que el juez se encuentra ante la

⁶³⁵DIAZ PITA: El dolo eventual. cit. pág.302.

⁶³⁶Vid. ROXIN: *Strafrecht*. AT. I. 2. Aufl. 1994, cit. § 12, Rn.21 y siguientes.

⁶³⁷Cfr. DIAZ PITA: El dolo eventual. cit. págs.319 y 348 y siguiente.

⁶³⁸Lo que sucederá cuando a causa de una infracción del cuidado debido respecto a la estimación del grado de riesgo o de sus propias facultades niega la concreta puesta en peligro del objeto de la acción. Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.271.

⁶³⁹Vid. CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 4. ed. 1994, cit. pág.390; GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. 1993, cit. pág.53; HONIG, R. M.: *Zur gesetzlichen Regelung des bedingten Vorsatzes*. "GA" 1973, pág.262; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.271.

⁶⁴⁰Cfr. DIAZ PITA: El dolo eventual. cit. págs.36 y siguientes; ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*. "ADPCP" 1986, págs.404 y siguientes. Tales dificultades son comunes a todos los delitos,

tesitura de explorar complejos procesos psicológicos que se manifiestan en el mundo interior del sujeto activo, sin que en muchos casos se manifiesten al exterior⁶⁴¹. En la práctica, pues, se hace inevitable el recurso a reglas generales de experiencia: el dolo eventual se excluirá en los casos de riesgos leves u ordinarios, mientras que se afirmará en presencia de riesgos graves y típicos⁶⁴². En general, la

y alcanzan, además, a todos los restantes elementos subjetivos. Vid. sobre estas cuestiones DIEZ RIPOLLES: **Los elementos subjetivos del delito**. cit. *passim*. Como recuerda MUÑOZ CONDE, en el prólogo a la ob. cit. de DIEZ RIPOLLES, "la peculiaridad de los elementos subjetivos está precisamente en que nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido" (pág.10).

⁶⁴¹Vid. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.134. Ante esta realidad, señala la STS 18 abril 1989 (Ar. 3410), que "no existe otro medio al alcance de los Tribunales que el de analizar y valorar el conjunto de circunstancias objetivas concurrentes en la conducta enjuiciada del que pueda inferirse... la verdadera intención del agente, dado que ésta, por afectar a la esfera íntima de la persona, no es constatable directamente por los demás". En el mismo sentido, entre otras, la STS 8 noviembre 1991 (Ar. 8120).

⁶⁴²Cfr. RUDOLPHI en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. II. AT**. 5. Aufl. 1993, cit. § 16, Rn.46; VOLK: **Introduzione al diritto penale tedesco**. cit. págs.66 y siguiente.

Nuestro TS, por su parte, no suele apreciar el dolo eventual en materias socialmente adecuadas y sí, en cambio, cuando el resultado previsible deriva de una actividad ilícita, como ha puesto de manifiesto CORCOY BIDASOLO, M.: **Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente**. Memoria para la obtención del Grado de Licenciatura, inédita, Barcelona 1984, citada por ZUGALDIA ESPINAR: **La demarcación entre el dolo y la culpa**. cit. pág.407, en nota núm.31. Sobre la posición jurisprudencial en torno a la prueba del dolo eventual, vid. también GIMBERNAT ORDEIG, E.: **Acerca del dolo eventual**. en su obra: **Estudios de Derecho Penal**. 3. ed. Madrid, 1990, págs.263 y siguiente, especialmente nota núm.87; del mismo autor: **Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida**. cit. págs.421 y siguientes. La jurisprudencia reitera desde antiguo que la cuestión, como dice por ejemplo la STS 30 enero 1984 (Ar. 438), "debe resolverse ante la ardua dificultad de penetrar con seguridad en las intenciones de los hombres por lo que al Derecho se refiere, a través de signos objetivos que sirvan para evidenciarlo y que son todas las circunstancias que preceden a la acción, ya sean anteriores, coetáneas o posteriores a la misma... que pongan de manifiesto inequívocamente según las reglas de la lógica del ser humano, la

prueba del dolo eventual sólo puede adoptar la modalidad de prueba de indicios, consistente en inducirlo a partir de determinados hechos objetivos debidamente conocidos y probados.

Ello no supone que en la aplicación judicial se pueda prescindir de la prueba del dolo eventual, recurriendo a meras presunciones de su existencia⁶³. La categoría que analizamos no debe ser utilizada como medio de superar los obstáculos que se interponen en algunos casos en la labor de prueba del aspecto subjetivo del delito⁶⁴.

La admisión de la categoría del dolo eventual no deja de comportar ciertos riesgos. En este sentido advierte, entre

intención del agente".

⁶³Cfr. en sentido altamente crítico con respecto a estas tendencias, GRACIA MARTIN en GRACIA MARTIN/ DIEZ RIPOLLES: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. 1993, cit. págs.53 y siguientes; y QUINTERO OLIVARES: **Derecho Penal. Parte general**. 1992, cit. págs.343 y siguiente. Vid. un resumen de la doctrina del TC y del TS acerca de la prueba por indicios en relación con la prueba del dolo eventual, en ZUGALDIA ESPINAR: **La demarcación entre el dolo y la culpa**. cit. págs.406 y siguientes, especialmente 418.

También en Italia se presume la existencia del dolo eventual. Vid. por ejemplo la sentencia Cass. sez. I, 16 febrero 1940, según la cual los miembros de los órganos de vigilancia que omiten ejercer el control sobre los administradores llevan a cabo voluntariamente un comportamiento ilícito de carácter omisivo, con el conocimiento que no pueden no tener de la posibilidad de daño para los intereses sociales que deriva de su conducta. Citada por NAPOLEONI: **I reati societari**. I. cit. pág.376, nota núm.58.

⁶⁴Sobre la prueba del dolo y de los elementos subjetivos, existen escasos pronunciamientos en la doctrina española. Vid., por todos, PAREDES CASTAÑON, J. M.: **Tentativa imprudente de introducción de moneda falsa** (Comentario a la Sentencia 28/ 91, de 18 de abril, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional). "PJ" núm.23, 1991, págs.161 y siguientes. En lengua alemana vid., sin pretensión de exhaustividad, MYLONOPOULOS, C.: **Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo. Eine strafrechtlich-rechtstheoretische Untersuchung**. "ZStW" 1987, págs.685 y siguientes; HANSEN: **Der Indizienbeweis**. "JuS" 1992, págs.327 a 330, y 417 a 419.

otros, QUINTERO OLIVARES⁶⁴⁵ que "si únicamente se castiga la comisión dolosa, el recurso al dolo eventual puede esconder el propósito de punir un hecho imprudente no previsto legalmente". Es altamente criticable utilizar la manipulación del elemento subjetivo para satisfacer presuntas o reales necesidades de punición, siendo así que el legislador ha elegido expresamente la forma de culpabilidad dolosa⁶⁴⁶.

En el campo específico de los delitos societarios esta problemática no es baladí. La doctrina italiana denunció en su momento una tendencia jurisprudencial que pretendía dilatar excesivamente el ámbito de operatividad del dolo eventual, con el fin de cubrir las lagunas de punibilidad que suponía sancionar únicamente conductas dolosas⁶⁴⁷. Con ello los Tribunales trataban de evitar la falta de aplicación de algunas figuras delictivas societarias causada por la "radicalizzazione del giudicato sull'elemento soggettivo" del delito⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte General*. 1992, cit. pág.347. Vid. también VIVES ANTON: *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal*. cit. pág.79.

⁶⁴⁶Cfr. MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. pág.107; TIEDEMANN: *Il diritto penale dell'economia*. cit. pág.24. QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona, 1981, pág.125, entiende el dolo eventual como la afirmación de un querer meramente presunto.

⁶⁴⁷Cfr. ZAGREBELSKY: *Relazione conclusiva*. En AA.VV.: *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*. Milano, 1982, pág.25. Vid. en general FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*. 1989, cit. págs.272 y siguiente.

La discusión se centró en un primer momento en la interpretación del adverbio "*scientemente*", utilizado en el tipo de falsas comunicaciones sociales. Posteriormente se clarificó la cuestión en gran medida, al sustituirse dicha locución por "*fraudolentemente*", precisando el legislador que la conducta incriminada se caracterizaba por "*la specifica intenzione di ingannare altri in quanto vanno punite quelle azioni delittuose cui alla scienza del fatto si associ un intendimento malizioso di frode*". Cfr. la Relazione ministeriale sul decreto-legge 30 ottobre 1930.

⁶⁴⁸Vid. ROCCO: *Il dolo nella falsità dei bilanci delle società commerciali*. "Riv. pen." 1941, págs.3 y siguientes; NUVOLONE, P.:

Ahora bien, en un sistema como el que analizamos, la consecuencia de encuadrar unos determinados hechos como dolosos eventuales y no como imprudentes no es la de que aquéllos estén amenazados con una pena superior a la que corresponde a éstos, sino la de la impunidad en caso de una comisión imprudente. Basta esta observación para justificar el interés en una delimitación adecuada entre ambas formas de imputación subjetiva.

Ya por último, no queda sino señalar en qué ha de consistir exactamente el conocimiento característico del dolo cuando va referido a la vulneración del bien jurídico, cuestión que dependerá de la posición que se sustente con relación al contenido del dolo y, en concreto, a si éste debe abarcar o no el conocimiento de la antijuridicidad. Ahora bien, tanto los partidarios de que el conocimiento de la antijuridicidad integre el dolo como quienes se oponen a ello reconocen que el ataque al bien jurídico ha de ser objeto de conocimiento por el dolo del autor⁶⁴⁹. Eso sí, no es necesario para la realización del tipo doloso que el sujeto conozca que el bien jurídico vulnerado está amparado por el Derecho penal⁶⁵⁰.

7. 6. 2. 4. Ausencia de dolo: el error de tipo. Distinción con respecto al error de prohibición.

Il bilancio delle società di fronte alla legge penale. en Studi in onore di P. Onida. Milano, 1981, pág.649.

Para una crítica en profundidad de esta orientación jurisprudencial, vid. especialmente CRESPI, A.: *Il delitto di illegale ripartizione degli utili*. Milano, 1959, págs.125 y siguientes; y MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.103 y siguientes.

⁶⁴⁹Vid. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.77 y siguientes.

⁶⁵⁰Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.78.

7. 6. 2. 4. 1. Determinaciones previas.

La categoría del error en Derecho penal constituye uno de los temas más complejos de la actual dogmática jurídica, complejidad que se debe tanto a su proyección sobre todos los elementos del delito como a la influencia que sobre su tratamiento ejerce la concepción sistemática del delito (causalista o finalista, principalmente) que se sostenga.

En la doctrina española apenas se ha planteado el problema del error en los delitos societarios. Este olvido casi general se hace extensivo a toda la categoría de los delitos económicos. Como señala MUÑOZ CONDE⁶⁵¹, "en el fondo, había quizá la sospecha de que no eran auténtico Derecho penal y, por tanto, carecía de interés comprobar la validez de unas teorías pensadas para unos supuestos de hechos, relativamente constantes en el tiempo y en el espacio, que nada tenían que ver con la <<artificialidad>> de unos delitos cuyo coyunturalismo histórico era evidente".

Esta situación de abandono se ha ido modificando progresivamente en los últimos años. Hoy, la atención de los penalistas se dirige también hacia esos otros sectores del Derecho penal que adquieren una importancia cada vez mayor, apenas vislumbrada hace unas décadas, y que, además, son objeto en los sucesivos Proyectos de complicadas regulaciones legales.

En el Derecho penal económico español rige la misma regulación de los efectos de las clases de error que en el Derecho penal común, por lo cual en las páginas siguientes

⁶⁵¹MUÑOZ CONDE, F.: El error en el delito de defraudación tributaria del art. 349 CP. "ADPCP" 1986, pág. 380.

prescindiré de una exposición detallada de los mismos⁶⁵², centrándome únicamente en los aspectos problemáticos que se plantean en conexión con los delitos societarios.

La regulación legal expresa del error en el artículo 6 bis a) del Código penal, introducida en la reforma de 1983⁶⁵³, se repetía en su significado esencial en el artículo 13 del PCP de 1992⁶⁵⁴, pero es superficialmente alterada en la redacción

⁶⁵²Sobre la regulación del error en los distintos Ordenamientos europeos, en relación con los delitos económicos, vid. TIEDEMANN: **Lecciones de Derecho Penal Económico**. cit. págs.89 y siguientes.

Para evitar problemas terminológicos, y siguiendo a COBO/VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. págs.505 y siguientes, considero en el texto que existe **error sobre el tipo** ("Tatbestandsirrtum") cuando el autor cree que no concurren en su conducta todos o alguno de los elementos del tipo legal, pese a que efectivamente concurren (pág.509). El error sobre el tipo comprende tanto el error acerca de la correspondencia de la situación de hecho dada con los caracteres del tipo de injusto descritos en la figura legal, cuanto más impropiamente el error en la ejecución.

En el **error sobre la prohibición** o, más correctamente, sobre la significación antijurídica, el autor cree que actúa conforme a Derecho cuando en realidad no es así. Este error acerca de la significación antijurídica de la conducta puede ser directo (cuando el autor ignora la desvalorización que el Derecho atribuye al hecho) o indirecto (cuando, conociéndola, cree erróneamente que se halla desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación). Cfr. FRISCH, W.: **El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán**. en ESER, A. y otros (eds.): **Justificación y exculpación en Derecho Penal**. Madrid, 1995, pág.177.

⁶⁵³Sobre la regulación del error en la reforma de 1983, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, E.: **El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición** (Art. 6 bis a), del Código penal. en La reforma del Código penal de 1983. Tomo V. Vol. 1. Madrid, 1985, págs.53 y siguientes. La redacción del artículo 6 bis a) se inspiró en la propuesta por el artículo 20 del PCP de 1980. Es por ello que, en general, la interpretación que la doctrina ha hecho del uno puede aplicarse a la del otro.

⁶⁵⁴Artículo 13 PCP 1992: "1. El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

"2. El error invencible sobre un elemento del hecho que

del artículo 14 del PCP de 1994⁶⁵⁵, que vuelve al modelo ofrecido por el actual artículo 6 bis a), planteándose la necesidad de comprobar las consecuencias a que conduce su aplicación a los delitos societarios.

El necesario punto de partida es la impunidad de la comisión imprudente de los delitos societarios. Ello supone que cualquier error vencible sobre elementos configuradores o esenciales del tipo penal determinará la impunidad; todo lo más quedará subsistente la posibilidad de imponer una sanción administrativa o de exigir la responsabilidad civil de los administradores⁶⁵⁶.

cualifique la infracción, o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

⁶⁵⁵Este artículo es idéntico al que lleva el mismo número en el Anteproyecto de 1994.

Artículo 14: "1. El error invencible sobre los hechos constitutivos de la infracción o que fundamenten una agravación de la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

⁶⁵⁶Cfr. GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.490.

No considero compartible la opinión de quienes entienden que los delitos que no permiten la *imprudencia facti* tampoco consienten la *imprudencia iuris*. Vid. en este sentido TORIO LOPEZ, A.: El <<error iuris>>. *Perspectivas materiales y sistemáticas*. En FERNANDEZ ALBOR (Ed.): III Jornadas de Profesores de Derecho Penal. 1976, pág.331. En efecto, la imposibilidad de la *culpa facti* puede responder, como bien señala MIR PUIG, S.: *Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983*. "Revista del Foro Canario" núm.87, 1993, pág.58, nota núm.57, a razones derivadas de la estructura del tipo positivo, que no se oponen a la posibilidad estructural del error vencible sobre la prohibición, posible en todo delito. Del mismo autor, vid.: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en*

Esta autolimitación legislativa sólo tiene importancia práctica en los casos de error encuadrable en el párrafo segundo del actual artículo 6 bis a) (o en el párrafo primero del artículo 14 del PCP de 1994), es decir, en los casos de error vencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena (o que fundamente una agravación de la pena, en la redacción del PCP de 1994)⁶⁵⁷, pues sólo en estos casos se produce la conversión de la infracción en imprudente, y por tanto impune en el sistema de delitos societarios que se adopta.

El problema fundamental que aparece aquí es el de determinar qué grupos de casos hay que tratar como errores sobre el tipo y cuáles como errores sobre la prohibición, puesto que la opción entre una regulación u otra es trascendente en la práctica⁶⁵⁸.

Derecho penal. cit. pág.200. En el mismo sentido, en referencia al error vencible sobre el tipo, vid. MUÑOZ SANCHEZ, J.: **El delito de detención**. Madrid, 1992, pág.185. La cuestión sería distinta si la no punición de la imprudencia se debiera a la insuficiente gravedad de ésta, supuesto en que podría reputarse también insuficiente la gravedad de toda imprudencia, *facti o iuris*.

⁶⁵⁷Los dos primeros párrafos del artículo 6 bis a) se refieren al error de tipo y el tercero al de prohibición. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: **Error sobre los elementos del tipo y error sobre la antijuridicidad o la prohibición**. cit. págs.65 y siguientes; MAQUEDA ABREU, M. L.: **El error sobre las circunstancias**. Consideraciones en torno al artículo 6.º bis a) del Código penal. "CPC" núm.21, 1983, pág.701. No obstante, en un primer momento se planteó la existencia de una superposición entre los párrafos primero y tercero, que tanto abarcarían los errores de tipo como los de prohibición. En este sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER, E.: **La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980**. "La Ley" 1981 I, págs.919 y siguientes; ZUGALDIA ESPINAR: **El tratamiento jurídicopenal del error en el artículo 20 del proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980**. "CPC" núm.15, 1981, pág.514.

⁶⁵⁸Vid. ampliamente GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. págs.489 y siguiente.

7. 6. 2. 4. 2. El error de tipo.

Se considera en la doctrina que el error sobre los elementos fácticos o de carácter descriptivo⁶⁵⁹ utilizados en la tipificación del supuesto de hecho delictivo deben recibir el tratamiento del error sobre el tipo, esto es, "sobre un elemento integrante de la infracción penal", y ello puesto que al tipo de injusto pertenecen todas aquellas circunstancias o elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva⁶⁶⁰. Lo mismo sucede con los elementos normativos del tipo⁶⁶¹, pese a que algunas clases de éstos han merecido una

⁶⁵⁹Acerca de los conceptos de elemento descriptivo y valorativo y sus particularidades, vid. ampliamente con referencias SCLÜCHTER, E.: *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen, 1983, especialmente págs.7 y siguientes, 15 y siguientes, y 92 y siguientes; y SCHROEDER: LK. 11. Aufl. 1994, cit. § 16, Rn.41 y siguientes.

⁶⁶⁰Esta opinión es unánime en la doctrina española. Vid., entre otros, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 4. ed. 1994, cit. págs.336 y siguiente; COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.241; RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal. Parte General*. 1978, cit. págs.238 y siguientes y 253. No obstante, en Alemania una serie de autores han puesto en tela de juicio este dogma, llegando a calificarlo de falso. Vid., por todos, FRISCH, W.: *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhalten und des Vorsatzes*. Köln-Berlin-München, 1983, págs.56 y siguientes; del mismo autor: *Vorsatz und Mitbewusstsein. Strukturen des Vorsatzes*. En AA.VV: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln-Berlin-München, 1989, págs.311 a 350, con abundante bibliografía.

⁶⁶¹La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga, de ahí que no pocos autores prefieran hablar de elementos *preponderantemente* descriptivos o normativos. Vid. ampliamente SUAY HERNANDEZ: *Los elementos normativos y el error*. cit. págs.104 y siguientes; TISCHLER, W. G.: *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Dogmengeschichte eines Abgrenzungsproblems*. Berlin, 1984, especialmente págs.34 y siguientes.

Según las definiciones doctrinales más usuales, los elementos normativos se aprehenden o comprenden mediante un proceso intelectual o valorativo. Así opinan, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: *El error sobre los elementos del tipo y error sobre la antijuricidad o la prohibición*. cit. pág.69; BUSTOS

amplia discusión dentro de la doctrina, debate que aún hoy no es pacífico⁶⁶².

RAMIREZ: **Manual de Derecho penal. Parte general.** 4. ed. 1994, pág.269; CERESO MIR: **Curso de Derecho Penal español. Parte general.** I. 4. ed. 1994, cit. pág.357; GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito.** 1984, cit. pág.193. Como variantes se pueden mencionar las definiciones de QUINTERO OLIVARES: **Derecho Penal. Parte General.** 1992, cit. págs.79 y siguientes, y 319 y siguientes, de carácter metodológico, que orienta la valoración en la indagación de otras ramas del Derecho, y la de MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. pág.225; del mismo autor: **La distinción de error de tipo y error de prohibición en Derecho penal.** cit. *passim*, de carácter normativo-factual.

Conviene tener en cuenta que la admisión de la categoría de los elementos normativos del tipo implicó la superación de la antigua partición del error en error de hecho y error de derecho. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *op. cit.* pág.54. En efecto, se observó que no todo error que se consideraba merecedor del tratamiento propio del error de tipo era un error de hecho, puesto que entre los elementos del tipo que el sujeto debe conocer para realizarlo dolosamente podían existir elementos normativos jurídicos, cuyo desconocimiento no podría calificarse de error de hecho en sentido estricto. Cfr. MIR PUIG: **La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal.** cit. págs.200 y siguientes.

⁶⁶²En efecto, superada la problemática relativa a la distinción entre elementos descriptivos y normativos, debe afrontarse aun la de si se trata de elementos del tipo o de la antijuridicidad, o bien si son elementos que pertenecen a ambas categorías dogmáticas o, en todo caso, cómo diferenciarlos de las especiales referencias a la antijuridicidad, de los elementos de la valoración global del hecho, de los conceptos complejos o de las leyes penales en blanco. Esta conflictividad repercute negativamente en la necesaria distinción entre error de tipo y error de prohibición. Ampliamente, vid. MIR PUIG: **La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal.** cit. págs.200 y siguientes; PUPPE: **Error de hecho, error de derecho, error de subsunción.** cit. págs.349 y siguientes; SUAY HERNANDEZ: **Los elementos normativos y el error.** cit. págs.110 y siguientes. Los elementos normativos del tipo que aluden a la antijuridicidad han sido clasificados fundamentalmente en dos grupos: aquellos adjetivos que se refieren a un elemento singular del tipo legal (como la "ajeneidad" de la cosa en el hurto), los cuales se consideran verdaderos elementos del tipo (vid. por todos WELZEL: **Das Deutsche Strafrecht.** 11. Aufl. 1969, cit. pág.166, y **Derecho penal alemán. Parte general.** 2ª ed., trad. de la 11ª ed. alemana, 1976, cit. pág.233); y los que se refieren al comportamiento descrito en su totalidad y denotan un juicio de desvalor definitivo, sobre los cuales sí hay mayor debate entre los autores, y que serán los que nos ocupen en las siguientes líneas.

En efecto, el empleo de elementos normativos que aluden a la antijuridicidad en las figuras delictivas (v. g. "ilegalmente", "sin estar debidamente autorizado", "ilícito", "indebidamente", "sin la debida autorización judicial", etc.) plantea el problema de la adscripción de su contenido a la antijuridicidad o al tipo de injusto⁶⁶³. La discusión no es meramente teórica o sistemática, sino que conlleva importantes consecuencias jurídicas, también con respecto al tratamiento del error⁶⁶⁴.

La indagación de la naturaleza y el contenido de los elementos que nos ocupan es compleja, y no puede ser aquí abordada con la extensión que merece. Me limitaré, pues, a apuntar unas líneas generales, suficientes a efectos de concretar la función y repercusiones de dichos elementos en la estructura del delito, con especial incidencia en el tratamiento del error, si bien ha de tenerse en cuenta que la posición que se sostenga ante este problema será consecuencia directa de la teoría del tipo que se adopte.

En lo que concierne a su naturaleza, desde el momento en

⁶⁶³Como señala MIR PUIG: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal*. cit. pág.200, los elementos normativos poseen un carácter complejo en la medida en que poseen una base fáctica y un sentido global normativo: "esta complejidad fáctico-normativa es una de las dificultades con que tropieza la cuestión de cuándo un error sobre un elemento normativo constituye un error de tipo relevante y cuándo un error de subsunción, irrelevante o determinante de un error de prohibición".

⁶⁶⁴Cfr. por ejemplo MAURACH/ ZIPF: *Derecho penal. Parte general*. 1. Trad. de la 7. ed. alemana, 1995, cit. § 24, II, Rn.11 y siguientes (pág.418). Sobre las dificultades del deslinde, vid. entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: *El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición*. cit. págs.66 y siguientes; LUZON PEÑA: *Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación*. en *Estudios penales*. cit. págs.94 y siguientes; MIR PUIG: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal*. cit. págs.202 y siguientes; MUÑOZ CONDE: *La creencia errónea de estar obrando lícitamente*. cit. pág.265.

que se entiende que el tipo es "tipo de injusto", abarcador de todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva, como aquí hago⁶⁶⁵, no cabe sino negar la existencia de características específicas o elementos especiales de la antijuridicidad que se hallen al margen del tipo. Rechazamos, pues, la configuración de estos elementos normativos como "especiales características de la antijuridicidad", entendida ésta al estilo de WELZEL y KAUFMANN⁶⁶⁶. La aceptación de "tipos abiertos"⁶⁶⁷ únicamente

⁶⁶⁵Vid. en este sentido, por todos, COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.241; ROXIN: **Teoría del tipo penal**: cit. págs.139 y siguientes; SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. cit. pág.392.

⁶⁶⁶Vid. WELZEL: **Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung**. 9ª ed. 1957, págs.45 y siguientes (por primera vez en la 3ª ed. 1950, pág.60); KAUFMANN: **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie**. 1954, cit. págs.90 y siguientes, y 285 y siguientes. WELZEL, que fue el primero en preocuparse por estos elementos, los denominó "especiales elementos de la antijuridicidad" por su evocación directa a esta categoría del delito; luego, al estudiar su naturaleza en la que se presuponen deberes jurídicos, los denominó "elementos del deber jurídico".

En España admiten la existencia de elementos especiales de la antijuridicidad no pertenecientes al tipo de lo injusto, entre otros, CORDOBA RODA: **Notas. al Tratado de Derecho Penal, II, de Maurach**, cit. págs.351 y siguientes; del mismo autor: **El conocimiento de la antijuridicidad**. cit. pág.40; MUÑOZ CONDE: **Teoría general del delito**. cit. págs.42 y siguiente; RODRIGUEZ MOURULLO: **Derecho Penal. Parte General**. 1978, cit. pág.287.

Como pone de relieve MUÑOZ CONDE: **El error en Derecho Penal**. cit. pág.61, siguiendo a WELZEL y KAUFMANN, la consideración de estos elementos como elementos del deber jurídico y, por tanto, de la antijuridicidad, conduce a afirmar que cualquier error sobre ellos constituye un error sobre la prohibición. De la misma opinión, vid. BACIGALUPO ZAPATER: **El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición**. cit. pág.69, quien considera que además con ello se consigue "una distribución más acertada (de los riesgos de la vida social) porque exige al autor un mayor cuidado frente a las consecuencias de su acción respecto de otras personas".

⁶⁶⁷El concepto de "tipos abiertos", utilizado por WELZEL: **Das deutsche Strafrecht**. 11. Aufl. 1969, cit. págs.49 y siguiente, y en **El nuevo sistema del Derecho Penal**. cit. págs.45 y siguiente, ha sido rechazado por un importante sector de las doctrinas alemana y española. Se afirma que no existen tipos abiertos si se considera que pertenecen al tipo de injusto todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura

es posible si se concibe el tipo, como hacen estos autores⁶⁶⁸, como materia de prohibición, y no ya como tipo de injusto, siendo así que la existencia de los "tipos abiertos" y la de las "especiales características del deber jurídico" se encuentran recíprocamente condicionadas⁶⁶⁹.

No obstante, aun cuando se comparta la tesis de que el tipo comprende ya todas las características que fundamentan el injusto específico de cada figura delictiva, negando la operatividad de los presupuestos especiales de la antijuridicidad en el sentido de WELZEL, queda todavía el

delictiva. No hay lugar entonces para los elementos especiales de la antijuridicidad o elementos del deber jurídico. Cfr., por todos, en Alemania, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.223 y siguiente; ROXIN: *Teoría del tipo penal*. cit. págs.87 y siguientes. En España, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte General. I*. 1988, cit. págs.318 y siguiente, nota núm.67; COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. págs.263 y siguiente; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho penal. Parte general*. 1986, cit. págs.165 y siguientes. No obstante, vid., en sentido contrario, LUZON PENA: *Error sobre la ilegalidad de la detención intimidatoria de una autoridad por un agente de policía*. cit. págs.356 y siguiente, quien admite la existencia de tipos abiertos, puntualizando que "no se pueden compartir todas las caracterizaciones que se hacen los ejemplos que se citan de los mismos".

⁶⁶⁸Vid. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. 1969, cit. págs.49 y siguientes y 54 y siguiente; del mismo autor: *El nuevo sistema del Derecho Penal*. cit. págs.43 y siguientes, y 51 y siguientes. De acuerdo con la noción moderna del tipo penal como tipo de injusto no cabe hablar de "tipos abiertos", pues el injusto sólo puede imaginarse "cerrado", conteniendo todos los elementos que contribuyen a determinar el contenido de la materia de prohibición. Además, tal planteamiento se contradice con la noción del injusto personal preconizada también por WELZEL, donde se requiere que el sujeto conozca todos los elementos fundaméntadores del injusto para poder reprocharle su actuación.

⁶⁶⁹La doctrina suele advertir de la necesidad de cuestionar la validez de la figura de los tipos abiertos antes de pronunciarse sobre los elementos especiales de la antijuridicidad, puesto que la teoría de estos elementos especiales se realiza con base en las conclusiones adoptadas en relación a la teoría de los tipos abiertos. Vid., entre otros, COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.267, nota núm.25; y PORTILLA CONTRERAS: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. cit. pág.211.

problema de si es posible admitir la existencia de ciertas "especiales características del deber jurídico", concebidas al modo de ROXIN⁶⁷⁰, esto es, como elementos que, perteneciendo al tipo de injusto, determinan ya totalmente la antijuridicidad de la conducta⁶⁷¹. Esta cuestión tiene una gran trascendencia en el tratamiento del error, puesto que estos autores distinguen dos situaciones diversas: a) si el autor ha errado sobre las circunstancias que constituyen el hecho que surge del deber o el hecho en el que estaría autorizado a obrar como lo hizo, se admite un error sobre un elemento del tipo; b) si el autor ha errado sobre el deber o sobre la autorización que surgen de las circunstancias que conoce correctamente, se afirma la existencia de un error sobre la prohibición. Con ROXIN se da entrada a lo que se conoce actualmente como "elementos de la valoración global del hecho". Ahora bien, este mismo autor, defensor de la construcción diferenciadora que

⁶⁷⁰Vid. ROXIN: *Teoría del tipo penal*. cit. págs.30 y siguientes. Para este autor no existen tipos abiertos en el sentido utilizado por WELZEL o KAUFMANN, y sin embargo sí existen características del deber jurídico que no representan "momentos especiales de la antijuridicidad", sino circunstancias que fundamentan o excluyen el injusto albergando en sí, al mismo tiempo, la antijuridicidad; de esta forma, a su función descriptiva normal agregan la valoración total del hecho que, de lo contrario, estaría reservada al juicio sobre la antijuridicidad. En consecuencia, se dice que un error sobre estos elementos no es siempre un error de tipo ni siempre un error sobre la prohibición, sino que tan pronto es lo uno como lo otro, según que se refiera a las circunstancias determinantes de lo ilícito o sólo a la antijuridicidad de la acción. Este planteamiento, que sigue la línea argumental iniciada por MAURACH: *Tratado de Derecho penal*. Trad. y notas de CORDOBA RODA, Barcelona, 1962, págs.349 y siguiente, ha sido aceptado por un sector de la doctrina española. Vid., por todos, BUSTOS RAMIREZ: *El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público*. "CPC" 1983, pág.356; y PORTILLA CONTRERAS: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. cit. págs.210 y siguientes.

⁶⁷¹Fue la investigación en torno a la teoría de los tipos abiertos la que condujo al descubrimiento de estos elementos normativos del tipo que JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.224, denomina "elementos valorativos globales" (en la trad. de 1993) o "elementos de la valoración global del hecho" (en la trad. de 1981).

acabo de exponer, exceptúa desde la edición de 1992 de su manual los casos de elementos de la valoración global del hecho que no sólo condicionan la antijuridicidad, sino también el propio significado social del hecho: para ROXIN, quien deja de pagar un impuesto por desconocer que ha de satisfacerlo no sólo yerra sobre el significado jurídico del hecho (error de prohibición), sino que deja de poder valorar el significado social de su conducta (error de tipo)⁶⁷².

Ahora bien, si, como señalan entre otros COBO/ VIVES⁶⁷³, los elementos especiales del deber jurídico entendidos a la manera de ROXIN fundamentan el injusto, comprendiendo a la vez en sí la antijuridicidad, no se entiende cómo pueden encerrar en sí toda la antijuridicidad, ya que el injusto basado en ellos podrá ser luego excluido por la presencia de una causa de justificación, no desempeñando entonces la función que les atribuye el autor alemán.

Una vez rechazada la existencia tanto de los "tipos abiertos" como de las "especiales características del deber jurídico", no es posible sin embargo sostener sin más la pertenencia al tipo de los elementos analizados⁶⁷⁴. En efecto, en cada caso habrá de precisarse si el legislador ha querido con ellos describir una característica específica de la figura delictiva correspondiente o si, por el contrario, se ha

⁶⁷²Cfr. ROXIN: *Strafrecht*. AT. I. 2. Aufl. 1994, § 12, Rn.93 (págs.394 y siguiente). Vid. un breve comentario en MIR PUIG: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal*. cit. págs.204 y siguiente.

⁶⁷³Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.267, nota núm.25.

⁶⁷⁴Como señala MIR PUIG: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal*. cit. pág.205, la doctrina dominante no considera suficiente el conocimiento de la base fáctica de los elementos normativos para afirmar el carácter doloso del tipo, puesto que en la medida en que todo el elemento normativo, y no sólo su base fáctica, se incluya en el tipo, para que éste sea doloso habrá que conocer también el elemento normativo en todo su significado jurídico o social.

limitado a hacer hincapié en la necesidad de comprobar expresamente la ausencia de causas genéricas de justificación para determinar la punibilidad del comportamiento de que se trate⁶⁷⁵.

En mi opinión, su concepción como elementos valorativos delimitadores del tipo de injusto resultará, en la mayoría de los casos, mucho más útil y conveniente que su explicación en términos de antijuridicidad⁶⁷⁶, permitiendo de esta forma ofrecer ciertas puntualizaciones acerca del injusto característico del delito de que se trate⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.264; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.331 y siguiente. En este sentido, vid. también GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.194, quien distingue entre elementos normativo-jurídicos que "se caracterizan por condicionar la total tipicidad del hecho a su ilegalidad -según el total ordenamiento jurídico-", y "otros elementos, también aludidos en el tipo, y de contenido manifiestamente normativo, pero que aluden a la ausencia de una causa de justificación".

⁶⁷⁶Aun cuando en ocasiones las expresiones analizadas sirvan únicamente de referencias a la posible concurrencia de una causa de justificación (como por ejemplo sucede, de acuerdo con CORDOBA RODA: *El delito de detenciones ilegales en el Código penal español*. cit. págs.5 y 24, y DIEZ RIPOLLES en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. 1993, cit. pág.342, entre otros, con la alusión a "fuera de los casos permitidos por la ley", realizada en el texto del actual artículo 482), no es conveniente generalizar dicha función, puesto que implica, como ponen de relieve COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.264, "una suerte de redundancia legislativa" (de "referencia expresa superflua a la posible concurrencia de causas de justificación", la califica DIEZ RIPOLLES: *op. et luc. ult. cit.*). No obstante, vid. en contra, por todos, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 4. ed. 1994, cit. pág.337, nota núm.67; LUZON PEÑA: *Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación*. en *Estudios penales*. cit. págs.96 y siguientes.

⁶⁷⁷Vid. por ejemplo, en este sentido, el examen que de la expresión "indebida" efectúa MARTINEZ PEREZ: *El delito de defraudación tributaria*. cit. págs.257 y siguientes; del término "ilegalmente", VIVES en VIVES ANTON, T. S./ GIMENO, J. V.: *La detención*. Barcelona, 1977, págs.65 y siguientes; y de la cláusula "sin estar legítimamente autorizado", TORIO LOPEZ, A.: *La estructura típica del delito de coacción*. "ADPCP" 1977,

Esta discusión tiene importancia en los delitos societarios, pues según la posición que se adopte ciertos casos de error vencible resultarán impunes o bien punibles (en este caso, con una rebaja de la pena correspondiente al delito doloso en uno o dos grados). Así, el artículo 294 del Proyecto de Código penal de 1994 establece la imposición de una sanción "si el acuerdo lesivo hubiera sido adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del voto a quienes legalmente careciesen del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tuvieran reconocido por la legislación mercantil, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante..." En estos casos cabe un error vencible que recaiga sobre lo indebido de la atribución del derecho de voto o la ilicitud de la negación de su ejercicio⁶⁷⁸. El pre-legislador efectúa en este precepto una remisión a normas extrapenales, en este caso mercantiles⁶⁷⁹, indicando al juez la necesidad de comprobar que la atribución del voto se hace a quien legalmente carece del mismo, y que la negación del ejercicio del derecho de voto se hace frente a quien lo tiene reconocido por la legislación mercantil. En este sentido, adviértase que los adjetivos que analizamos se introducen sólo en estas dos modalidades típicas de conseguir la mayoría ficticia. De esta forma, el uso de estos adjetivos se encuentra plenamente justificado en la

págs.33 y siguientes, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: **Sobre el delito de coacciones**. "EPC" VI, 1983, págs.138 y siguientes, y BUSTOS RAMIREZ: **Práctica ilegal de detención por funcionario público**. cit. pág.276.

⁶⁷⁸No son los únicos supuestos de delitos societarios que plantean dicha disyuntiva. También en el artículo 295 es posible el error vencible sobre "el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes" a los socios.

⁶⁷⁹En general, sobre los elementos normativos en el Derecho penal económico, vid. TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. pág.33; del mismo autor: **Lecciones de Derecho Penal Económico**. cit. págs.158 y siguientes, donde relaciona los elementos normativos y las normas penales en blanco con la teoría del dolo y el error.

medida en que permite dotar de sentido a dos de los medios de obtener la mayoría ficticia. Desde un punto de vista de lógica jurídica la conceptualización de la negación del ejercicio del derecho de voto como "ilícita" y de la atribución del mismo como "indebida" deviene, en cualquier caso, necesaria; resulta absurdo referir estos términos a la antijuridicidad cuando precisamente es conveniente su mención explícita para delimitar y otorgar sentido a una parte del tipo y cuando, por otra parte, es redundante que se conciban como elementos alusivos a la ausencia de causas de justificación⁶⁸⁰. Son estos elementos los que llenan de contenido y dotan de antijuridicidad material la conducta genérica del administrador que atribuye el derecho de voto o niega su ejercicio, siendo las notas de la contrariedad al deber y de la ilicitud, respectivamente, las que imprimen el carácter y configuran las modalidades típicas.

Por otra parte, cabe señalar que la pertenencia de los vocablos que analizamos a la antijuridicidad resultaría no sólo redundante sino insatisfactoria, puesto que habría que llegar a la conclusión de que toda atribución del derecho de voto y toda negación de su ejercicio serían típicas, sin atender a ulteriores matizaciones, con lo cual se reputarían igualmente típicos supuestos de hecho diversos que ya deberían ser discriminados en virtud de la función selectiva que corresponde a la tipicidad⁶⁸¹. No puede esperarse al ámbito de la

⁶⁸⁰En este sentido, cfr. QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*. II. I. 1972, cit. pág. 1129, quien señala que si estas cláusulas aluden a las causas de exclusión de la antijuridicidad serían de "innecesaria consignación, por afectar, en tanto que elemento de la antijuridicidad, a todas y cada una de las infracciones punibles".

⁶⁸¹De conformidad con la tesis que adscribe estos elementos a la antijuridicidad, las diferencias entre ambas concepciones no se producen en el ámbito del tipo sino en el plano valorativo de la antijuridicidad, que falta en un supuesto mientras que está presente en el otro. Vid. en sentido crítico TORIO LOPEZ: *La estructura típica del delito de coacción*. cit. págs. 33 y

antijuridicidad para diferenciar entre la atribución lícita del derecho de voto y su atribución ilícita a quien legalmente carece del mismo⁶⁸², a lo cual se añade que la consideración de estos elementos en la antijuridicidad en el marco de la justificación "desnaturaliza la función de las causas de justificación, de forma que la norma autorizadora operaría del mismo modo en aquellos casos donde la conducta es inicial y definitivamente acorde con el ordenamiento, que en aquellos otros donde sucede lo contrario"⁶⁸³. En los casos en que no concurren la contrariedad al deber en la atribución del voto o la ilicitud en la negación de su ejercicio no se infringe la norma penal, ya que la realización de la conducta típica sin su concurrencia no fundamenta aún el contenido del injusto del delito.

Un planteamiento como el que se acaba de exponer obedece a la observación de que determinadas conductas, en un concreto sistema normativo, son adecuadas socialmente, lo que modifica el normal esquema de funcionamiento del tipo penal convirtiendo la excepción en regla y la regla en excepción. Lo normal es que la atribución del derecho de voto o la negación de su ejercicio se realicen cumpliendo los requisitos establecidos por el Derecho mercantil, y lo excepcional que se haga de forma

siguientes.

⁶⁸²A igual conclusión llegan, entre otros, PORTILLA CONTRERAS: El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público. cit. págs.213 y siguiente, al hilo del análisis del término "ilegalmente"; y TORIÓ LOPEZ: La estructura típica del delito de coacción. cit. págs.37 y siguientes.

⁶⁸³Así, VIVES ANTON/ GIMENO SENDRA: La detención. cit. pág.65; GARCIA-PABLOS DE MOLINA: Derecho penal y protección de la libertad de obrar de la persona. El delito de coacciones. 1984, págs.225 y siguientes; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: Derecho Penal español. Parte Especial. 1994, cit. pág.782, nota núm.31.

indebida o ilícita⁶⁸⁴.

A pesar de la referencia que estos elementos hacen a la ilegalidad o legalidad global (teniendo en cuenta todo el Ordenamiento jurídico), se trata, en fin, de auténticos elementos normativos del tipo⁶⁸⁵ y no de elementos de la antijuridicidad. El error del autor sobre dichos elementos ha de considerarse un error sobre el tipo y no sobre la

⁶⁸⁴En un supuesto semejante, TORIO LOPEZ: **La estructura típica del delito de coacciones**. cit. pág.38, partiendo de la inversión de la relación entre regla y excepción ha considerado, refiriéndose al elemento "sin estar legítimamente autorizado", de las coacciones, que "no evoca la concurrencia posible de una causa de justificación, lo que supone gravar con la tipicidad todo menoscabo de la libertad de obrar causado mediante violencia...", reclamando en consecuencia que la "tipicidad sea objeto de fundamentación especial, verificando valorativamente las propiedades materiales de la acción realizada para ponderar si debe estimarse reproable a la vista del fin pretendido por el autor". En el mismo sentido, sobre éste y otros elementos semejantes, vid., entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho penal español**. II. 1985, cit. pág.67; GARCIA-PABLOS DE MOLINA: **Sobre el delito de coacciones**. cit. págs.139 y siguiente; PORTILLA CONTRERAS: **El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público**. cit. págs.214 y siguiente. En contra, vid. LUZON PEÑA: **Error sobre la ilegalidad de la detención intimidatoria de una autoridad por un agente de policía**. cit. pág.358, quien afirma que el adverbio "ilegalmente" alude a la ausencia de causas de justificación, por lo cual deben aplicarse las reglas generales del error sobre las mismas: en caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el tratamiento del error de tipo, y en caso de error sobre la existencia misma de la causa de justificación o sobre su auténtico alcance y límites jurídicos, el del error de prohibición.

⁶⁸⁵La jurisprudencia también ha optado por este punto de vista. Vid. por ejemplo, al hilo del análisis del delito de detención ilegal por funcionario público, la STS 27 mayo 1981 (Ar. 2284), la cual afirma que "la ilegalidad de la detención realizada por un funcionario público y que constituye un elemento del tipo hay que buscarla en las normas extrapenales". En contra, vid. por todos DIEZ RIPOLLES en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. 1993, cit. pág.342. Sobre la acumulación de elementos normativos del tipo en las figuras delictivas propias del Derecho penal económico, vid. TIEDEMANN: **Delitos contra el orden económico**. cit. pág.172.

prohibición⁶⁸⁶. Si el que niega ilícitamente el ejercicio del derecho de voto a quien lo tiene reconocido en la legislación mercantil, por ejemplo, cree erróneamente que no le corresponde dicho ejercicio, yerra sobre un elemento esencial integrante de la infracción (error sobre el tipo), y ello no significa que actúe sin conciencia de la antijuridicidad de lo que hace, ya que sin el elemento de la "ilegalidad" global del hecho éste carece de la más mínima relevancia jurídico-penal⁶⁸⁷. El dolo

⁶⁸⁶Llega a la misma conclusión, partiendo de otras premisas dogmáticas, MUÑOZ CONDE: **El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal**. "ADPCP" 1986, págs.391 y siguientes; del mismo autor: **La creencia errónea de estar obrando lícitamente**. cit. pág.328, donde afirma que no existe "ningún problema ni dogmático, ni político-criminal, en aceptar que el error sobre los elementos del tipo referidos a la antijuridicidad debe ser tratado como un error de tipo". A este planteamiento se unen también ARROYO ZAPATERO: **Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones**. 1987, cit. págs.126 y siguiente, argumentando razones técnico-procesales, culturales e ideológicas; BOIX en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.422 y siguiente, al hilo del análisis del aspecto subjetivo en los delitos contra la Hacienda Pública; y GONZALEZ CUSSAC: **El delito de prevaricación de funcionario público**. cit. págs.116 y siguientes.

En contra vid., por todos, BACIGALUPO ZAPATERO: **El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición**. cit. págs.68 y siguiente, quien afirma que "la respuesta depende de cuál de las soluciones permite una mejor distribución de los riesgos de la vida social. La posición minoritaria (aquella que sostiene que se trata de un error de prohibición) presupone una distribución más acertada, porque exige al autor un mayor cuidado frente a las consecuencias de su acción respecto a otras personas o de bienes jurídicos de otras personas". Vid. también GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal**. cit. págs.471 y 493 y siguientes.

⁶⁸⁷Vid. GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. pág.194. Como advierte MEZGER: **Tratado de Derecho Penal. Tomo II**. cit. págs.137 y siguientes, no todo error sobre un elemento particular que tenga por consecuencia un desconocimiento de la ilicitud es sin más una ignorancia relativa a la prohibición. En este sentido, también CORDOBA RODA: **El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito**. cit. págs.37 y siguientes, matiza su postura advirtiendo que no todo error sobre un elemento normativo es un error de prohibición porque, entre otras razones, el error sobre el tipo no se corresponde con el

del sujeto debe, pues, captar también ese elemento para realizar el hecho típico. Y ya por último, otorgando el tratamiento del error de tipo al error sobre los elementos normativos objeto de este análisis se consigue la limitación de la responsabilidad del administrador a su auténtico grado de culpabilidad, lo cual, además de justo político-criminalmente, es más correcto desde el punto de vista dogmático⁶⁸⁸.

Una vez que hemos llegado a estas conclusiones, debe tenerse en cuenta, no obstante, que dentro de los elementos normativos del tipo es posible distinguir, por una parte, las partes integrantes de los mismos (descriptivas y normativas) que afectan a las bases del juicio de valor y, por otra parte,

error de hecho, ni el error sobre la prohibición con el error de derecho. Llega a la misma conclusión, partiendo de una interpretación basada en la filosofía analítica del lenguaje, SUAY HERNANDEZ: *Los elementos normativos y el error*. cit. págs.134 y siguientes.

⁶⁸⁸Alega GOMEZ BENITEZ: *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*. cit. pág.499, a favor del tratamiento del error de prohibición para el error sobre estos elementos normativos que aluden a la antijuridicidad, que al no ser punible la imprudencia más que cuando se contemple específicamente por la ley, y siendo muy reducido el número de delitos que admiten la comisión imprudente, se deja abierta la puerta a la impunidad generalizada, "ya que lo máximo que podría afirmarse en esos casos de error sería la existencia de imprudencia (por inevitabilidad del error), y ésta sería impune, por no estar específicamente contemplada. No cabe más solución, pues, a mi entender, que considerar ese error, en todo caso, como un error sobre la prohibición". Ahora bien, es necesario sopesar las cosas adecuadamente. No traeremos de nuevo a colación las razones alegadas supra a favor de la exclusión de la punibilidad de la imprudencia en los delitos societarios. Sin embargo, a ellas cabe añadir que en el ámbito societario es mucho más disculpable un error del administrador sobre el tipo que sobre la prohibición, puesto que el administrador tiene un especial deber de información en su ámbito profesional. Como recuerda JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.416, en el terreno del Derecho penal especial se eleva el nivel de exigencia del deber de información para quienes pertenecen a aquel sector de la vida a que alcanza la correspondiente regulación especial.

el juicio de valor en sí mismo considerado⁶⁸⁹. Las primeras pertenecen al tipo y el segundo a la antijuridicidad, de forma que el desconocimiento de un elemento fundamentador de lo injusto constituye error sobre el tipo, mientras que si la representación de los elementos típicos es correcta, pero es equivocada la valoración jurídica, nos hallamos ante un error sobre la prohibición⁶⁹⁰.

La referencia contenida en el párrafo primero del artículo 301 del PCP de 1992 a la contrariedad al interés social⁶⁹¹ no aludía a un elemento normativo de la misma naturaleza que los ya analizados. En efecto, los elementos normativos son aquellos cuya significación no es posible conocer sin acudir a una segunda interpretación, que se hará unas veces con ayuda de otras ramas del Derecho (por ejemplo, acudiendo al Derecho mercantil en los supuestos que hemos estudiado *supra*), y otras mediante una valoración que realiza el intérprete⁶⁹², si bien basándose igualmente en esas otras ramas del Ordenamiento jurídico a que remite lógicamente la norma penal. A esta segunda categoría de elementos normativos pertenece la expresión que analizamos. Su sentido dependerá de la valoración que de ella haga el juez en cada caso, ateniéndose siempre a

⁶⁸⁹Se trata de distinguir la base fáctica de los elementos normativos y su valoración o calificación jurídica o social, según se trate de un elemento jurídico o social. Cfr. MIR PUIG: **La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal**. cit. pág.200.

⁶⁹⁰Vid. *infra*.

⁶⁹¹Artículo 301. 1: "Los que, maliciosamente, y en su condición de administrador de una Sociedad mercantil, o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma, adopten o respalden con su voto un acuerdo **contrario al interés social** que cause un grave perjuicio económico a la compañía, serán castigados...".

⁶⁹²Cfr. QUINTERO OLIVARES: **Derecho Penal. Parte general**. 1992, cit. pág.321. Debido a que la determinación del contenido de tales términos precisa una valoración del intérprete, reciben también el nombre de cláusulas pendientes de valoración. COBO/VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.261.

las prescripciones más o menos difusas del orden normativo mercantil. Se trata, en fin, de un "término legal vago" cuya extensión puede ser determinada objetivamente, pero no en términos absolutos, sino relativos⁶⁹³. Lo mismo cabe decir del adjetivo "abusivo", que en el artículo 293 del PCP de 1994 sustituye a la expresión "contrario al interés social". En estos supuestos, un sector doctrinal propone conceder mayor amplitud al error de tipo, que podría admitirse, por ejemplo, cuando el sujeto yerra acerca del carácter abusivo de su conducta⁶⁹⁴. Ahora bien, como ha puesto de relieve MIR PUIG⁶⁹⁵, si se admite que para el conocimiento de un elemento de la situación típica basta que se advierta su significado social relacionado con la lesión del bien jurídico, no puede afirmarse la existencia de un error de tipo si el sujeto capta dicho significado material, por mucho que lo califique de otro modo que la interpretación usual de la ley.

Otra cuestión distinta es la de si es o no correcto el criterio de la delimitación del error de tipo que se maneja mayoritariamente. Plantea MIR PUIG el problema de si en el Derecho penal accesorio es realmente suficiente, para aprehender completamente el sentido del hecho típico el captar sólo su significado social negativo, sin exigir el conocimiento

⁶⁹³Cfr. SUAY HERNANDEZ: Los elementos normativos y el error. cit. págs.131 y siguiente, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁶⁹⁴Cfr. SUAY HERNANDEZ: Los elementos normativos y el error. cit. pág.132. Propone esta autora admitir que el error de subsunción determine en algunos casos un error de tipo excluyente del dolo típico, por entender que ciertos términos legales vagos, como "actos lúbricos o de exhibición obscena" a que se refiere el artículo 431 CP, sólo pueden determinarse objetivamente en términos relativos, puesto que siembre "subsistirá una zona de indeterminación en cuanto a los contornos de la extensión" de tales términos. Para compensarlo, propone conceder en estos casos mayor amplitud al error de tipo, que podrá admitirse, a su juicio, cuando el sujeto yerra acerca del carácter obsceno de su conducta.

⁶⁹⁵Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. pág.208.

de su específico significado jurídico⁶⁹⁶.

Queda por considerar aún una cuestión fundamental. Me refiero al problema de la naturaleza dogmática de las distintas clases de error sobre una causa de justificación, cuya solución no se desprende de la letra de la ley sino que depende de consideraciones dogmáticas y político-criminales⁶⁹⁷. No es lo mismo ni merece igual tratamiento la suposición de que el Derecho admite una causa de justificación que en realidad no admite, que creer que atribuye límites más amplios de los que en realidad concede a una causa de justificación que reconoce, o suponer erróneamente que concurren los presupuestos de una causa de justificación que el Derecho penal admite⁶⁹⁸.

Existe unanimidad en la doctrina sobre la procedencia de incluir en el error sobre la prohibición tanto el error sobre la existencia de la causa de justificación (el autor supone, erróneamente, que existe una causa de justificación que en realidad no está admitida por el Derecho), como el error sobre los límites o el alcance de la misma (el autor cree, erróneamente, que actúa dentro de los límites jurídicos de una causa de justificación admitida, por ejemplo, dentro de la obediencia debida cuando ejecuta un acuerdo ilegal de la Junta general)⁶⁹⁹.

Discutido es en cambio el tratamiento que debe darse al

⁶⁹⁶Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. pág.208.

⁶⁹⁷Cfr. MIR PUIG: El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal español. cit. pág.144.

⁶⁹⁸Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. págs.209 y siguiente. Vid. ampliamente FRISCH: El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán. cit. págs.181 y siguientes.

⁶⁹⁹Vid. más ampliamente *infra*.

error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de las causas de justificación (error de tipo permisivo), cuya calificación como error de tipo o de prohibición depende de la concepción sistemática que se adopte⁷⁰⁰. Antes de entrar a considerar las

⁷⁰⁰En el seno de las teorías de la culpabilidad se distinguen una teoría estricta de la culpabilidad y una teoría limitada o restringida, que postulan distinto tratamiento para el error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de las causas de justificación. Los partidarios de la teoría estricta, mayoritaria en el marco de las teorías de la culpabilidad, extienden a este supuesto el tratamiento previsto para el error de prohibición, considerando que sólo afecta a la culpabilidad, disminuyéndola o excluyéndola según que sea vencible o invencible, pero que el hecho sigue siendo doloso, puesto que el sujeto quería lesionar un bien jurídico (dolo natural o neutro). En este sentido, vid. entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.161; CERESO MIR: *La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios*. cit. pág.282; del mismo autor: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. I. 4. ed. 1994, cit. pág.334; GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. págs.306 y siguientes; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. 1993, cit. pág.348.

La teoría limitada, por el contrario, considera que debe darse a este caso el tratamiento propio de la teoría del dolo (impunidad o imprudencia, en función de la inevitabilidad o evitabilidad del error). A la misma conclusión llegan, desde otros presupuestos, tanto los partidarios de conceptualizar las causas de justificación como elementos negativos del tipo (cuyo primer exponente fue GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción*. cit. págs.33 y siguiente, 49 y 51, al que se han unido con posterioridad otros autores, por ejemplo LUZON PEÑA: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. 1978, cit. pág.251, nota núm.443; del mismo autor: *El error sobre causas de justificación: algunas precisiones*. en *Estudios penales*. cit. pág.72) como los seguidores de la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica (vid., por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.420 y siguiente).

Ampliamente sobre las distintas teorías, vid., entre otros, GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. págs.294 y siguientes; GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II)*. cit. marginal 378; LUZON PEÑA: *El error sobre causas de justificación: algunas precisiones*. en *Estudios penales*. cit. págs.69 y siguientes; MUÑOZ CONDE: *La creencia errónea de estar obrando lícitamente*. cit. págs.281 y siguientes. Aportan una interesante visión de conjunto sobre la situación de la doctrina alemana, por todos, FRISCH: *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán*. cit. págs.181 y siguientes; JAKOBS: *Strafrecht. AT*. 2. Aufl. 1993, cit. § 11, Rn.42 y siguientes (págs.370 y siguientes); y

posiciones más destacadas acerca del tratamiento de este error *sui generis*, debemos tener presente que su ubicación entre el error de tipo y el error indirecto de prohibición se deriva tanto de su estructura como de las consecuencias a que conduce⁷⁰¹, a lo que se añade, como advierte MIR PUIG⁷⁰², "que dichos presupuestos (de la causa de justificación) pueden estar expresados tanto por elementos descriptivos como por elementos normativos".

En general, la postura mayoritaria⁷⁰³ considera que la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación debe ser tratada como un error de tipo⁷⁰⁴.

PAEFFGEN: *Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum*. cit. págs.399 y siguientes, todos con referencias adicionales.

⁷⁰¹Afirma JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.418, que "la semejanza con el error de tipo radica en su estructura: también el error de tipo permisivo se refiere a los elementos (descriptivos y normativos) de una proposición jurídica. La similitud con el error indirecto de prohibición consiste en la consecuencia: el conocimiento del tipo permanece inalterado y, por eso, la función de la llamada del tipo puede operar plenamente...". Vid. también SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.391.

⁷⁰²MIR PUIG: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal*. cit. pág.210. Vid. también JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.421; SCHLÜCHTER: *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*. cit. págs.175 y 179.

⁷⁰³Cfr. SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. págs.391 y 396 y siguientes, donde justifica su toma de posición. Es minoritaria para GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II)*. cit. marginal 378.

⁷⁰⁴Esta solución se fundamenta por vías distintas, según los autores. Un sector doctrinal aplica el tratamiento del error de tipo por analogía, puesto que parece decisiva la semejanza estructural del error sobre los presupuestos de una causa de justificación con el auténtico error de tipo. Vid., entre otros, ROXIN: *Strafrecht. AT. I. 2. Aufl.* 1994, cit. § 14, Rn.62 y siguientes (págs.507 y siguientes); SCHÜNEMANN: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. 1984, pág.41. Los sostenedores de la teoría

Según el finalismo ortodoxo propugnador de la teoría estricta de la culpabilidad, hoy minoritaria en Alemania, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de tipo o, más precisamente, un error de permisión, entendiendo los partidarios de esta corriente doctrinal que cuando el sujeto cree que actúa justificadamente, subsiste el dolo y sólo se excluye, atenúa o mantiene la culpabilidad según que el error sea invencible, vencible o burdo. El caso de error vencible sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación reconocida se trata conforme a las reglas generales del error de prohibición, o sea, según el correspondiente tipo doloso con la correspondiente atenuación de la pena⁷⁰⁵.

de los elementos negativos del tipo, según la cual los presupuestos de las causas de justificación son elementos negativos del tipo, afirman que si la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación es necesaria para que concorra el tipo negativo y ésta, a su vez, para que se dé el tipo total de injusto, resultado de la concurrencia del tipo positivo y del tipo negativo, la suposición errónea de que concurren aquellos presupuestos supone un error sobre el tipo negativo y, por tanto, relativo al tipo total de injusto: es un error de tipo. Así, por todos, KAUFMANN, A.: *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. "JZ" 1954, pág.653; del mismo autor: *Die Irrtumsregelung im E 1962*. "ZStW" 1964, págs.564 y siguientes; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.452; del mismo autor: *El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal español*. cit. págs.144 y siguientes; SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. cit. pág.398; WEBER, H. von: *Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*. "JZ" 1951, pág.260; del mismo autor: *Negative Tatbestandsmerkmale*. Fests. für E. Mezger, 1954, págs.183 y siguientes.

Aceptando esta tesis, la enmienda núm.3, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco al artículo 14 del PCP de 1994, propone la adición, en el párrafo primero (que regula el error de tipo), de una alusión expresa al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Para fundamentar dicha adición se afirma que dicho error "ha venido siendo tratado por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, antes y después de la introducción del artículo 6 bis A) en el Código Penal como un supuesto de responsabilidad culposa y no dolosa atenuada".

⁷⁰⁵En este sentido, por ejemplo, HIRSCH: *LK*. 10. Aufl. Vor § 32, Rn.8; PAEFFGEN, H.-G.: *Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum*. Gedächtnisschrift für A. Kaufmann,

Es sumamente sugestiva la construcción que realiza MIR PUIG⁷⁰⁶ para justificar el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error de tipo. Este autor afirma que el hecho penalmente antijurídico requiere no sólo la concurrencia de los elementos de la situación típica que fundamentan positivamente el injusto penal, sino también la ausencia de los elementos propios de la situación típica de una causa de justificación. Tanto el error sobre el tipo positivo como el error sobre el tipo de una causa de justificación coinciden en su significación de ser errores sobre elementos situacionales del hecho injusto penal. Son por tanto errores de tipo⁷⁰⁷.

Así, en el ámbito de las causas de justificación se distinguirá entre un error de tipo negativo que afecta a los presupuestos, descriptivos o normativos, de la causa de justificación, y un error de prohibición relativo a que el Derecho admita la justificación de la situación, mientras que en el caso de suposición errónea de un presupuesto descrito mediante un elemento de la valoración global del hecho habrá que distinguir, como en el tipo positivo, según que el error afecte a la base fáctica del elemento (error de tipo negativo, que se trata como error de tipo, pues ambos recaen sobre elementos integrantes de la infracción penal) o a su significado global (error de prohibición)⁷⁰⁸.

1989, págs.405 y siguientes; SCHROEDER: LK, 11. Aufl. 1994, cit. § 16, Rn.47 y siguientes, y Rn.52; WELZEL: Das Deutsche Strafrecht. 11. Aufl. 1969, cit. pág.169. Vid. en sentido crítico JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.419.

⁷⁰⁶Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. págs.211 y siguientes.

⁷⁰⁷Más ampliamente, vid. MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, págs.130, y 256 y siguiente; del mismo autor: El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal español. cit. págs.144 y siguientes.

⁷⁰⁸Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. págs.212 y siguiente.

7. 6. 3. DELITOS SOCIETARIOS E IMPRUDENCIA.

7. 6. 3. 1. Determinaciones previas.

En este apartado nos interesa analizar si el pre-legislador ha abandonado el criterio normal de imputación subjetiva del delito (el dolo), optando por crear tipos imprudentes en el ámbito del Derecho penal societario. La respuesta, como veremos, es negativa, lo cual no ha dejado de provocar críticas por parte de algunos sectores doctrinales.

El tema ya ha recibido un amplio tratamiento en el Derecho comparado, cuyas soluciones tendré presentes en las propuestas político-criminales.

En efecto, la punibilidad de conductas imprudentes en el Derecho penal económico fue objeto de amplio debate en la RFA, con ocasión de la promulgación de la Primera ley contra la delincuencia económica, de 29 de julio de 1976, en la que se optó finalmente por tomar sólo en consideración la imprudencia temeraria⁷⁰⁹.

Ya por último, en Italia se constata que tanto la jurisprudencia como la doctrina han tratado de efectuar una interpretación flexible de las exigencias legales atinentes al elemento subjetivo⁷¹⁰, de forma que se admite el dolo eventual. No obstante este esfuerzo ampliador, como señala

⁷⁰⁹Vid. TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. págs.36 y siguiente.

⁷¹⁰Como señala TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.81. Vid. en este sentido, por todos, MAZZACUVA: Bene giuridico e tecnico di tutela nel diritto penale societario. cit. pág.217.

TERRADILLOS BASOCO⁷¹¹, "la exasperación legal del momento subjetivo ha venido siendo prenda de ineficacia, que las interpretaciones "en clave objetivista" pretenden subsanar, sin lograrlo del todo".

7. 6. 3. 2. Delitos societarios e imprudencia.

La tendencia tradicional en el Derecho penal económico que afirma la exclusión de la punición de la imprudencia se ampara ~~no sólo en el fin de no poner excesivos obstáculos al ejercicio~~ de la libertad de empresa⁷¹², sino también en que el vigente Derecho penal patrimonial sanciona en muy contadas ocasiones conductas imprudentes⁷¹³. No obstante, en el Derecho comparado se observa la progresiva aparición de figuras delictivas, tanto activas como omisivas, imputables a título de culpa⁷¹⁴. Con ellas se trata de dar respuesta a las nuevas exigencias de profundización en el papel que ha de desempeñar el Derecho penal en el ámbito económico⁷¹⁵. En efecto, la justificación de la sanción de la imprudencia en este sector del Derecho

⁷¹¹TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.63.

⁷¹²Cfr. MAZZACUVA: Problemi attuali di Diritto penale societario. cit. pág.112.

⁷¹³Vid. TIEDEMANN: Delitos contra el orden económico. cit. pág.172. El legislador español sólo ha admitido expresamente la comisión culposa en los delitos contra el patrimonio en la quiebra y el concurso imprudentes de los artículos 521 y 521, respectivamente, del actual Código penal.

⁷¹⁴Sobre esta tendencia en el Derecho penal alemán, vid. por todos, OTTO, H.: Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrecht (einschliesslich Verbräucherschutz). "ZStW" 1984, pág.367; SCHUBART, K.: Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht. "ZStW" 1980, pág.100; TIEDEMANN: Handlung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrecht. cit. pág.534.

⁷¹⁵Cfr. MAZZACUVA: Problemi attuali di Diritto penale societario. cit. pág.113.

penal se hace derivar del hecho de que en la vida económica se trataría de una negligencia profesional, puesto que en la realización de determinadas actividades están presentes deberes de diligencia intensificados a los que se correspondería una responsabilidad también intensificada⁷¹⁶. En particular, el destinatario de los delitos societarios no es el ciudadano medio o el profano⁷¹⁷, antes al contrario, se trata de un destinatario cualificado jurídicamente por el ejercicio de unas funciones y al cual el Estado impone especiales deberes y pautas de comportamiento⁷¹⁸.

En aplicación de este criterio, en Alemania se observa cómo una de las características diferenciales entre el Derecho penal patrimonial clásico y el Derecho penal económico radica precisamente en la presencia en éste último de un número elevado de conductas imprudentes, si bien limitados por regla general a supuestos de imprudencia temeraria⁷¹⁹. Pese a ello, la punición de conductas imprudentes en el Derecho penal económico es todavía objeto de viva polémica doctrinal.

El Proyecto Alternativo alemán recogía en su parágrafo 183 un genuino delito societario de administración fraudulenta de patrimonio ajeno, el delito de "abuso de facultades jurídico

⁷¹⁶Recoge esta opinión TIEDEMANN: Delitos contra el orden económico. cit. pág.172; del mismo autor, recientemente, Lecciones de Derecho Penal Económico. cit. pág.243.

⁷¹⁷Que es lo que fundamenta los reparos de algunos autores desde el punto de vista del principio de legalidad. Vid. por todos, TORIO LOPEZ: El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. cit. pág.256.

⁷¹⁸Cfr. ARROYO ZAPATERO: El Derecho penal económico en la RFA. cit. pág.111.

⁷¹⁹ARROYO ZAPATERO: El Derecho penal económico en la RFA. cit. pág.113.

sociales" (*Mißbrauch gesellschaftsrechtlicher Befugnisse*)⁷²⁰. En lo que concierne a su aspecto subjetivo, los autores del Proyecto consideraron que no podía ser suficiente el simple actuar doloso, razón por la cual se introdujo la exigencia de que el autor actuara movido por un elemento subjetivo del injusto, constituido por el obrar "en beneficio propio o ajeno". No era posible la comisión imprudente. Por el contrario, el parágrafo 266 StGB, que recoge como sabemos el delito de infidelidad patrimonial (*Untreue*), no contiene en su descripción típica elementos subjetivos del injusto diferentes del dolo, siendo suficiente la ejecución del hecho a título de dolo eventual⁷²¹. De nuevo se opta por no sancionar la comisión imprudente.

El parágrafo 188 del Proyecto Alternativo contenía a su vez una modalidad de estafa en la inversión de capitales (que puede ser considerada también como una modalidad específica de publicidad engañosa⁷²²), la cual se sancionaba tanto si la

⁷²⁰El parágrafo 183 del P.A. castiga "con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa a quien, en beneficio propio o ajeno,

1. en su condición de órgano representante o de miembro del órgano de representación de una sociedad anónima o de una sociedad cooperativa

2. en su condición de gerente

a) de una sociedad de responsabilidad limitada,

b) de una sociedad comanditaria por acciones, o

3. en su condición de socio representante de una sociedad abierta a la inversión de capital de un número indeterminado de personas, o

4. en su condición de liquidador de alguna de las sociedades mencionadas en los números 1 a 3,

infringiendo su deber en la esfera de su facultad de representación, dispone en considerable medida de valores patrimoniales de la sociedad o contrae obligaciones".

⁷²¹Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.19 (pág.1130); MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.283; LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.49 (pág.1991).

⁷²²Vid. MARTINEZ PEREZ: *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*. cit. *passim*.

conducta se hubiera cometido dolosamente como si únicamente hubiese concurrido imprudencia⁷²³. Este precepto es de gran importancia puesto que sirvió como inspirador del actual parágrafo 264 a) StGB, que tipifica también una estafa en la inversión de capitales configurada como delito de peligro abstracto para el patrimonio⁷²⁴. Ahora bien, el parágrafo 264 a) eliminó la referencia a la posibilidad de comisión imprudente, de forma que actualmente sólo admite la comisión dolosa⁷²⁵.

La doctrina italiana ha criticado con dureza la tendencia a la expansión progresiva de las figuras delictivas imprudentes, tanto activas como omisivas, en el *Diritto penale d'impresa*, que se ha llevado a cabo a través de la conversión de numerosos delitos en contravenciones⁷²⁶. Se ha puesto de manifiesto que con dicha conversión el legislador pretende no tanto extender la responsabilidad a los casos de actuación imprudente como simplificar, a través de la inversión de la

⁷²³Parágrafo 188: "1. El que realice alegaciones falsas en prospectos o en comunicaciones similares pertenecientes a una empresa y destinadas a la suscripción de acciones o a la compra y venta de participaciones en la misma, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, si dichas alegaciones se refieren a circunstancias determinantes para decidir sobre la suscripción, la compra o venta o el otorgamiento de un préstamo. En la misma pena incurrirá el que omita tales circunstancias.

2. El que, imprudentemente, realice alegaciones falsas será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa".

⁷²⁴Cfr. ACHENBACH: *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. cit. pág.1839; KNAUTH: *Kapitalanlagebetrug und Börsendelikte im zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*. cit. pág.28.

⁷²⁵Cfr. CRAMER en SCHONKE/ SCHRODER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.36 (pág.1948); LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.15 (pág.1112).

⁷²⁶Vid. por todos MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.103 y siguientes.

carga, la prueba de la concurrencia del elemento subjetivo⁷²⁷.

En España, la reforma de las infracciones imprudentes efectuada por la Ley Orgánica 3/ 1989, de 21 de junio, ha introducido importantes cambios en su regulación legal⁷²⁸. En el Preámbulo de la ley, sin embargo, se reconoce la adopción de una posición intermedia, a la espera de la elaboración de un nuevo Código penal que castigue sólo concretos delitos culposos expresamente tipificados.

Por su parte, tanto el PCP de 1992 como el Proyecto de 1994, a diferencia de lo que sucede en el Código penal actual⁷²⁹, abandonan el sistema de cláusula general, que permite la extensión de la posibilidad de comisión imprudente a todos los tipos de delito contenidos en el Código, por el de la previsión expresa de los casos en que cabe la modalidad imprudente⁷³⁰.

⁷²⁷Cfr. BRICOLA: *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*. en DI AMATO: *Trattato di Diritto penale dell'impresa*. Vol. I. cit. pág.150.

⁷²⁸Vid. el comentario que efectúa LUZON PEÑA, D.-M.: *La nueva regulación de los delitos y faltas imprudentes desde la LO 3/ 1989*. En *Derecho de la Circulación (Aspectos civiles y penales)*. Madrid, 1993, págs.233 y siguientes.

⁷²⁹Pero siguiendo la pauta marcada por el PCP de 1980 (artículo 18) y la PANCP de 1983 (artículo 15), que introducían el sistema de tipos imprudentes singulares ubicados en la Parte especial tras los correspondientes dolosos.

⁷³⁰De esta forma, como pone de manifiesto la Exposición de Motivos del PCP de 1992, con el sistema de incriminación expresa de la modalidad culposa en cada figura de delito "además de satisfacer al principio de legalidad y taxatividad penal, no se hace sino adoptar la técnica común a los derechos positivos de nuestra vecindad cultural jurídica (expresa punición de los actos imprudentes)". Vid. también BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE: *El Proyecto de Código Penal de 1992*. cit. pág.63. A favor de este sistema, vid. entre otros, ANTON ONECA: *Derecho Penal. Parte General*. I. 1949, pág.226; JIMENEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. 3ª ed. 1976, Buenos Aires, págs.737 y siguiente; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. 1993, cit. pág.267; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.287. A favor del sistema de cláusula general, sin embargo, QUINTANO RIPOLLES: *Derecho penal de la culpa*. Barcelona, 1958,

Se introduce así el sistema de "*numerus clausus de crimina culposa*".

Incriminar las conductas imprudentes únicamente cuando así se haya previsto de forma expresa comporta una decisión político-criminal de la mayor importancia, en favor de la cual la doctrina ha esgrimido una serie de razones de notable peso, entre las que destacan las derivadas del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal⁷³¹. En efecto, en los casos de infracciones cometidas por imprudencia el recurso a la pena parece en muchas ocasiones innecesario. Los principios materiales de limitación ~~del *ius puniendi* del Estado~~ resultarían vulnerados si se otorgase en todo caso a la punición de los delitos imprudentes la misma extensión que a la de los delitos dolosos⁷³².

También se alude a razones de practicabilidad, pues una extensión desmesurada del número de delitos imprudentes

págs.222 y siguientes; CUELLO CALON: *Derecho Penal. Parte General*. I. 1º. 18ª ed. 1980, Barcelona, pág.480; COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. págs.482 y siguiente.

⁷³¹Vid. por todos, GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España* (y II). cit. marginal 347, nota núm.223; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.597 y siguiente.

⁷³²Ello es especialmente claro en aquellos Ordenamientos que adoptan el modelo de descripción específica e individualizadora de las conductas penalizables a título de imprudencia. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.597. Como señala la Exposición de Motivos del PCP de 1992, "si ese daño o peligro no han sido intencionales, el Código Penal sólo actúa si el mal se ha causado a un bien de singular importancia a consecuencia de una intolerable falta de sensibilidad hacia el peligro que se creaba o la tragedia que se avecinaba. En resumen: como regla solamente se castigan las conductas dolosas; en relación con los bienes más importantes y más susceptibles de daño negligente, se castigan también los actos imprudentes. Además, hay bienes jurídicos que solamente se tienen por puniblemente ofendibles por conductas intencionadamente orientadas a ello".

supondría una carga insoportable para la Administración de Justicia⁷³³; y de prueba, "porque la realidad cotidiana muestra la existencia de una elevada cantidad de conductas imprudentes... que, de no ocasionar un resultado visible..., difícilmente trascienden o son susceptibles de prueba ante los Tribunales"⁷³⁴.

No obstante, la posibilidad legal de castigar cualquier delito cometido por imprudencia puede evitar, en algunos casos, el recurso indebido a la sanción de la conducta como dolosa cuando no concurre dolo. En efecto, no faltarán ocasiones en las que los Tribunales se encuentren ante la alternativa de dejar sin castigo conductas injustas y reprochables, aunque no dolosas, o castigarlas a título de un dolo inexistente⁷³⁵. A ello se añade que en un tipo de delincuencia como la que analizamos, caracterizada por un sujeto activo especial sobre el que pesan específicos deberes de diligencia, la punición de

⁷³³En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE/ BERDUGO/ GARCIA ARAN: La reforma penal de 1989. Madrid, 1989, pág.14; VIVES en BOIX/ ORTS/ VIVES: La reforma penal de 1989. Valencia, 1989, págs.25 y siguiente; MEDIAN CRESPO: Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón. Reflexiones de urgencia sobre la LO 3/ 1989 desde la perspectiva del accidente de circulación. Madrid, 1989, págs.22 y siguientes; GONZALEZ-CUELLAR: Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes. "PJ" especial núm.XII, 1990, págs.235 y siguientes.

⁷³⁴OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho Penal. Parte General. 1986, cit. pág.598.

⁷³⁵Como ha subrayado CORCOY BIDASOLO: En el límite entre dolo e imprudencia. En Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, 1985, págs.963 y siguientes, el Tribunal Supremo, en el ámbito de los tipos que no admiten la comisión imprudente, aprecia "como dolosas conductas que, con características análogas pero respecto a tipos en que cabe la comisión imprudente, se calificarán de culposas". Vid. también GIMBERNAT ORDEIG: Acerca del dolo eventual. En Estudios de Derecho Penal. 1981, pág.199, nota núm.87.

la imprudencia podría llevar a una mayor atención a dichos deberes⁷³⁶.

El PCP de 1994 ha optado por no sancionar la comisión imprudente de los delitos societarios. En verdad, la punición de la comisión imprudente de delitos patrimoniales y socio-económicos continúa siendo excepcional: sólo en los artículos 264, que sanciona la causación de daños por imprudencia grave, y 301. 3, que castiga la receptación por imprudencia grave, se contienen excepciones a la regla general de exclusiva punición de la comisión dolosa.

Así, al limitar el ámbito de la intervención penal a los delitos societarios dolosos se adopta una importante decisión político-criminal, coherente, sí, con los principios de fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal⁷³⁷, pero que implica el riesgo de que las dificultades probatorias que conlleva demostrar la concurrencia del dolo en el proceso penal reduzcan considerablemente el número de condenas penales, debilitando en gran medida la eficacia preventiva de la nueva regulación.

Hemos de tener en cuenta en este ámbito que la regulación de la responsabilidad civil de los administradores abarca los casos de conductas negligentes por parte de los mismos que causen un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad mercantil, a los socios o a terceros.

Ha de admitirse que son imaginables por ejemplo supuestos de hecho de administración social fraudulenta en que la

⁷³⁶Cfr. en relación con las falsedades documentales imprudentes cometidas por funcionarios públicos, VARGAS CABRERA en BENEYTES MERINO y otros: *Las falsedades documentales*. cit. pág.256.

⁷³⁷Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. págs.81 y siguiente.

causación del perjuicio típico se lleve a cabo por el sujeto activo imprudentemente y, por tanto, sin conocer o sin querer dicho perjuicio. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de los usos que se pretende tenga carácter temporal, en los que el autor juega con una probabilidad determinada de que se conviertan en apropiaciones permanentes, que no desea ni asume pues acepta en todo momento la obligación contraída⁷³⁸.

Por cuanto se refiere a la comisión imprudente del delito societario de falsas informaciones sociales, cabe señalar que una de las cuestiones más disputadas acerca de las falsedades ha sido la atinente a determinar si era posible o no su comisión culposa, decantándose el criterio mayoritario en sentido negativo⁷³⁹. Ante esta conclusión en un sistema en el que la sanción de la imprudencia era la regla y no la excepción no queda sino afirmar que con mayor razón sigue siendo coherente en el sistema opuesto. De esta forma, cuando el administrador de hecho o de derecho de la sociedad mercantil obre movido por un error o falta de diligencia que le lleva a constatar lo que no es realmente, se excluye no sólo el dolo sino el propio tipo objetivo del delito de falsas informaciones sociales⁷⁴⁰.

Son casos en los que es dudosa la necesidad de una intervención penal. Las modalidades culposas no suponen por regla general ataques intolerables a los bienes jurídicos protegidos por los delitos societarios, delitos que se han de

⁷³⁸DE LA MATA BARRANCO: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. cit. pág.273.

⁷³⁹Cfr. GONZALEZ CUSSAC: Falsedad documental e imprudencia. cit. pág.343; ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.243, con otras citas doctrinales. Más ampliamente, vid. GARCIA CANTIZANO: Falsedades documentales. cit. págs.343 y siguientes.

⁷⁴⁰En este sentido, en referencia al delito de falsedad documental cometido por funcionario público, cfr. MUÑOZ CONDE: Derecho Penal. Parte Especial. 8 ed. 1990, cit. pág.550. Vid. también GARCIA CANTIZANO: Falsedades documentales. cit. pág.354.

caracterizar por la infracción consciente de los deberes de lealtad y diligencia que afectan a los administradores de sociedades mercantiles.

En relación a este tema corresponde mencionar una cuestión que cuando menos merece ser planteada, si bien precisaría una investigación detallada. Algún sector doctrinal ha señalado la posibilidad de que, en algunos ámbitos especiales y para sujetos concretos, "los delitos imprudentes funcionen exclusivamente como delitos de infracción de un deber. Lo cual requeriría que de una particular norma extrapenal se dedujera inequívocamente que un concreto deber de diligencia ~~de~~ corresponde tan especialmente y en primer plano a un determinado sujeto que cualquier infracción de ese deber (activa o pasiva, determinante o no del curso causal) por su parte ya supondría la realización del tipo y consiguientemente implicaría su responsabilidad como autor"⁷⁴¹. Se trataría, así, de delitos imprudentes puros de resultado, que permitirían la incriminación de quienes, por su cargo o posición, deberían supervisar, inspeccionar, coordinar, etc., para evitar la producción del resultado, incluso cuando se trate de intervenciones erróneas meramente favorecedoras, pero que no llegan a determinar objetivamente la producción del hecho, e incluso en casos de pura omisión del deber de vigilancia, que ni siquiera contribuyen causalmente a la producción del resultado puesto que se han limitado a no evitar⁷⁴².

⁷⁴¹LUZON PEÑA: La <<determinación objetiva del hecho>>. cit. pág.900. Sobre la posición crítica de la doctrina alemana acerca de la actual configuración como simple infracción administrativa (contenida en el parágrafo 130 OWiG) de la cláusula general de responsabilidad por la infracción de un deber de vigilancia en relación con los hechos que se cometen en el ámbito de la responsabilidad empresarial, vid. por todos TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. I. AT. 1976, págs.203 y siguiente; SCHÜNEMANN: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. cit. págs.125 y siguiente, 216 y siguientes.

⁷⁴²Vid. LUZON PEÑA: La <<determinación objetiva del hecho>>. cit. pág.901; GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España* (y II).

No creo adecuado introducir un delito de las características reseñadas⁷⁴³. Como bien señala LUZON PEÑA⁷⁴⁴, no sería adecuado cuando no está claro que el alcance y la finalidad de la norma extrapenal de cuidado es atribuir al infractor del deber la producción del resultado como si la hubiera ejecutado directa y únicamente él mismo. En el ámbito de los delitos societarios se discute todavía acerca de la existencia y límites del deber de garantía que correspondería a los miembros de los órganos de administración y vigilancia, por lo que aun no se dan las condiciones previas que permitan la creación de delitos consistentes en meras infracciones de deberes.

Antes de proponer como indicación de Política criminal la creación de delitos societarios culposos conviene evaluar cuidadosamente el efectivo merecimiento de pena de la conducta imprudente que se toma en consideración, así como la necesidad y la oportunidad del empleo de la sanción penal⁷⁴⁵. Unicamente los más graves supuestos de conductas imprudentes que encierren

cit. marginal 347, nota núm.223.

⁷⁴³Vid. también, entre otros, MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. pág.398: "tampoco puede admitirse una categoría general de delitos consistentes en la infracción de un deber (por ej. los de los funcionarios) en los que los obligados son siempre autores, cualquiera que sea su intervención". Sobre las consecuencias disfuncionales a que conduce la teoría de los "Pflichtdelikte" en materia de autoría y participación, vid. entre otros GIMBERNAT ORDEIG: **Autor y cómplice en Derecho Penal**. cit. pág.289; GRACIA MARTIN: **El actuar en lugar de otro**. I. cit. págs.112 y siguientes, y 350 y siguientes; MUÑOZ CONDE: **Introducción**. a ROXIN: **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. cit. pág.11; también de MUÑOZ CONDE: **Introducción al Derecho Penal**. cit. pág.25; y RODRIGUEZ MOURULLO: **El autor mediato en el Derecho penal español**. en AA.VV: **Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho**. Pannedille, Buenos Aires 1970, págs.573 y siguientes.

⁷⁴⁴Cfr. LUZON PEÑA: **La <<determinación objetiva del hecho>>**. cit. pág.901. En el mismo sentido, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: **Las actuaciones en nombre de otro**. cit. pág.49.

⁷⁴⁵Vid. ROMEO CASABONA: **Los delitos culposos en la reforma penal**. cit. pág.494.

un alto grado de peligro para los bienes jurídicos penalmente protegidos considerados más importantes⁷⁴⁶ son merecedores de sanción penal, sin que ello suponga en todo caso la impunidad, como se desprende de un correcto entendimiento de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal y de una adecuada regulación por parte de las demás ramas del Ordenamiento de las conductas peligrosas o lesivas para los bienes jurídicos.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que esta postura se enmarca dentro de la tendencia actual de la legislación española a la desincriminación de la imprudencia simple antirreglamentaria cuando dé lugar a hechos que en caso de dolo serían constitutivos de delitos contra el patrimonio distintos del delito de daños⁷⁴⁷.

En definitiva, los delitos societarios regulados en el PCP de 1994 tienen carácter exclusivamente doloso, al no estar prevista expresamente la incriminación a título de culpa. Esta solución es político-criminalmente satisfactoria, y viene a atender las sugerencias de un amplio sector de opinión que ha preconizado "de lege ferenda" en esta materia la criminalización exclusiva de las conductas dolosas y la

⁷⁴⁶Sólo la vida o la integridad física se suelen considerar en la doctrina bienes jurídicos merecedores de recibir protección penal frente a las lesiones o puestas en peligro imprudentes, mientras que la tutela penal del patrimonio, en general, sólo se considera adecuada si se limita a las conductas dolosas. Cfr. por todos TIEDEMANN: *Il diritto penale dell'economia*. cit. pág.21.

⁷⁴⁷Cfr. LUZON PEÑA: *La nueva regulación de los delitos y faltas imprudentes desde la LO 3/ 1989*. cit. pág.234.

Por otra parte, la LO 3/ 1989 establece nuevas reglas de perseguibilidad y procedibilidad para ciertas infracciones culposas, que el preámbulo justifica en que "con ello no se pretende limitar el acceso a los Tribunales de Justicia, sino evitar una actuación de éstos innecesaria por no requerida, no dándose un interés general suficiente que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente".

permanencia de las culposas en el marco de la mera ilicitud administrativa⁷⁴⁸.

7. 6. 4. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

7. 6. 4. 1. Determinaciones previas.

Las acciones típicas según los delitos societarios no serán antijurídicas si concurre una causa de justificación completa, es decir, con la totalidad de sus elementos.

En el ámbito que nos ocupa plantea especiales dificultades un supuesto concreto que, generalmente, irá referido al agotamiento del delito de abuso de posición mayoritaria, pero que también es concebible en otros supuestos, como la administración social fraudulenta: pensemos en un acuerdo tomado por la Junta general que, ejecutado por los administradores, integra una conducta típica según el catálogo de delitos societarios.

La sociedad mercantil, para su vida de relación interna y externa, necesita valerse de un órgano, ejecutivo y representativo a la vez, que lleve a cabo la gestión de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros. El órgano de administración despliega una actividad gestora dirigida a la consecución de los fines sociales, desempeñando la más importante función en el seno de la sociedad: al ejecutar los acuerdos de la Junta general y adoptar diariamente otras muchas decisiones en la esfera de su propia competencia, toda la vida social fluye a través del mismo.

⁷⁴⁸Vid. MAZZACUVA: *Problemi attuali di Diritto penale societario*. cit. págs.110 y siguientes.

Cabe plantearse en qué medida los administradores están obligados a ejecutar los acuerdos de la Junta general, teniendo en cuenta además que, cuando dentro del órgano de administración se separan las fases de adopción de los acuerdos y de ejecución de los mismos, podemos hacer la misma pregunta en relación a la ejecución de acuerdos tomados por el órgano colegiado de administración, cuando se confía a uno o varios de sus miembros.

En el caso de existir aquí un deber jurídico de ejecución corresponde examinar sus límites y presupuestos. Esta labor es ~~el paso previo al análisis de la aplicabilidad de las causas~~ de justificación de la colisión de deberes y del cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, puesto que, por cuanto nos interesa, todas ellas presuponen la existencia de un deber jurídico.

Todos los supuestos comprendidos en la causa de justificación de obediencia debida están a su vez incluídos en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber⁷⁴⁹. Ante esta constatación, el PCP de 1994 ha optado por eliminar la obediencia debida del catálogo de eximentes que recoge en el artículo 21. El número 7 de dicho artículo señala únicamente que está exento de responsabilidad criminal "el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo". Por esta razón, y con el fin de adecuar este estudio de Parte general a la regulación que se contiene en el PCP de 1994, prescindiré de una alusión particularizada a la obediencia debida, limitándome a analizar el ámbito de aplicación de las causas de justificación de la colisión de deberes y del cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

⁷⁴⁹Cfr. CEREZO MIR: Curso de Derecho penal español. II. 2. 1990, cit. pág.78. En sentido similar, vid. BACIGALUPO ZAPATER: Principios de Derecho penal. Parte general. 3. ed. 1994, cit. pág.154.

7. 6. 4. 2. La vinculación de los administradores a los acuerdos de la Junta general.

Constituye un lugar común en la doctrina mercantilista afirmar que la Junta general es el órgano soberano de la sociedad mercantil. Si esta afirmación se entiende en el sentido de que la Junta está facultada para resolver y decidir sobre ciertos asuntos fundamentales de la vida social puede reputarse exacta, pero si de ahí quiere concluirse que la Junta puede decidir acerca de todo, y que los administradores están obligados a ejecutar todos los acuerdos que aquélla tome, se incurre en un error⁷⁵⁰.

En efecto, la Junta general sólo es soberana para decidir sobre los asuntos propios de su competencia⁷⁵¹. Cuando la LSA habla de "asuntos propios de la competencia de la junta" (artículo 93), expresa claramente que aun siendo ésta órgano soberano no está dotado, sin embargo, de poderes omnímodos que le permitan decidir válidamente en toda clase de asuntos y cuestiones: la soberanía de la Junta está delimitada por la órbita de su propia competencia.

Al igual que la LSA de 1951, la actual LSA de 1989 sólo separa estrictamente las competencias de la Junta y del órgano de administración respecto de las facultades de representación, que atribuye en exclusiva a los administradores (artículo 128). Esta atribución legal de la representación de la sociedad en exclusiva a los administradores deja reducida la actividad de la Junta a la esfera social puramente interna y, aun dentro de ésta, la Junta carece de aptitud para administrar directamente

⁷⁵⁰Vid. CAMARA: La competencia de la Junta General de Accionistas. cit. pág.149.

⁷⁵¹Vid. ampliamente GIRON TENA: La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español. cit. págs.437 y siguiente.

los intereses sociales.

En este orden de cosas y como punto de partida, cabe señalar que cuando se habla de gestión o de administración de una sociedad se alude, en términos muy amplios, al conjunto de actos de índole diversa que se realizan sobre el patrimonio social y tienen como fin la consecución del objeto social⁷⁵².

En materia de gestión de los asuntos sociales, aunque corresponda fundamentalmente a los administradores⁷⁵³, nos encontramos ante una competencia compartida puesto que, por un lado, cabe que los estatutos sociales atribuyan determinadas competencias de gestión a la Junta (nunca todas) y, por otro, los administradores pueden solicitar el pronunciamiento de la Junta sobre ciertos asuntos. A ello se añade que la Junta, aun cuando no pueda dar órdenes o instrucciones concretas que impliquen asumir la gestión ordinaria, que en general es competencia propia del órgano de administración, sí puede en cambio dar instrucciones globales o generales que como tales vinculan a los administradores⁷⁵⁴. Con respecto a estos acuerdos de la Junta que, sin interferir en el ámbito de la gestión ordinaria de la sociedad, establecen la directrices globales o generales según las cuales deberán actuar los administradores, la doctrina señala que en tanto éstos acepten el cargo y no dimitan han de asumir y hacer suyas esas

⁷⁵²En este sentido se ha pronunciado la doctrina mercantilista clásica. Vid. por todos, GARRIGUES/ URIA: Comentario. II. 1952, cit. págs.56 y siguientes; GIRON TENA: Derecho de sociedades anónimas. 1952, cit. pág.359; SUAREZ LLANOS: Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles. "RDM" núm.85, 1962, págs.59 y siguiente.

⁷⁵³CAMARA: La competencia de la Junta General de Accionistas. cit. pág.149.

⁷⁵⁴Vid. por todos ESTEBAN VELASCO: El poder de los órganos... cit. págs.409 y siguientes.

directrices generales de actuación marcadas por la junta⁷⁵⁵.

Es a partir del marco de relaciones interorgánicas como cabe delimitar el alcance y los límites del deber de ejecución de los acuerdos de la Junta general por los administradores⁷⁵⁶, considerado en la actualidad como manifestación residual del principio de soberanía de la Junta propio de las legislaciones decimonónicas sobre sociedades⁷⁵⁷. Este marco de relaciones explica que el órgano de administración esté vinculado bajo determinadas premisas por los acuerdos de la Junta general, existiendo un deber genérico de ejecución que en algunos Ordenamientos tiene acogida expresa⁷⁵⁸, y en otros, como el nuestro, se entiende implícito en el principio de soberanía de la Junta general.

Dentro de la referida distribución de competencias en materia de gestión entre la Junta y el órgano de administración, éste viene obligado a ejecutar los acuerdos de la Junta con los únicos límites del sometimiento a la ley, a los estatutos y a la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal (artículos 127 y 133. 1 LSA) que recae sobre los administradores.

Ahora bien, a los efectos que nos interesan, se plantea

⁷⁵⁵Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. págs.716 y siguiente.

⁷⁵⁶Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.675.

⁷⁵⁷Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.714. Vid. también GALGANO: El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas. cit. págs.65 y siguientes.

⁷⁵⁸Vid. por ejemplo el parágrafo 83. 2 de la Ley de sociedades por acciones (AktG) alemana.

aquí una cuestión fundamental que la doctrina penal ha tratado únicamente en el seno de la Administración pública: ¿son posibles, en el ámbito de las sociedades mercantiles, mandatos antijurídicos de la Junta a los que, sin embargo, el Ordenamiento jurídico conecte un deber de ejecución para los administradores?.

En nuestro Ordenamiento, la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios se ha defendido por una parte importante de la doctrina⁷⁵⁹ (mayoritaria, según MIR PUIG⁷⁶⁰), con base en lo dispuesto en el artículo 369 del Código penal vigente, mientras que la jurisprudencia se inclina también como regla en favor de esta opción. Ahora bien, como hemos advertido, la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios se ha estudiado habitualmente sólo en conexión con la Administración pública, civil o militar⁷⁶¹.

La solución que se dé al tema en el seno de la Administración pública no es trasladable sin más al ámbito privado de las sociedades mercantiles, puesto que los intereses concurrentes, así como la posición de las personas afectadas,

⁷⁵⁹Con diversos matices. Vid. por ejemplo, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.71 y siguientes; DIAZ PALOS: *Obediencia debida*. cit. págs.197 y siguientes; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.534 y siguientes; RIVACOBIA Y RIVACOBIA: *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*. cit. pág.143; RODRIGUEZ DEVESA: *La obediencia debida en el Derecho penal militar*. Madrid, 1957, pág.10; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte General*. 1994, cit. págs.535 y siguientes. En contra, por todos, BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho penal. Parte general*. 3. ed. 1994, cit. pág.158.

⁷⁶⁰Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.535, quien menciona a SILVELA, RUEDA, LOPEZ REY, ANTON ONECA, QUINTANO RIPOLLES, FERRER SAMA, DEL ROSAL, RODRIGUEZ DEVESA, CORDOBA RODA, MUÑOZ CONDE, QUERALT JIMENEZ y DIAZ PALOS.

⁷⁶¹Vid. por ejemplo CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.71 y siguientes; COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. págs.367 y siguientes; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.535 y siguientes.

son profundamente diferentes. A ello se añade que la LSA recoge un importante precepto de aplicación a la cuestión que nos ocupa, de cuya interpretación se deduce la inexistencia de mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito de las relaciones entre la Junta general y los administradores.

Como sabemos, la responsabilidad civil del administrador se extiende a los daños "realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo" (artículo 133. 1 LSA), añadiendo la ley que "en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general" (artículo 133. 3)⁷⁶².

Desde una perspectiva general, el artículo 133. 3 LSA trata de establecer una independencia absoluta de los administradores con relación a los acuerdos de la Junta general, de forma que no se consideren obligados a realizar actos ilícitos lesivos aun cuando exista un acuerdo de la Junta general en ese sentido. Igualmente, los administradores no

⁷⁶²Este párrafo procede de la propuesta de Quinta Directiva de la CEE, que tras afirmar que "la autorización dada por el órgano de vigilancia no excluye la responsabilidad civil de los miembros del órgano de dirección" (artículo 14. 4), señala que, "por otra parte, el finiquito, la orden o la autorización dados por la junta general no excluyen la responsabilidad civil, ni de los miembros del órgano de dirección, ni la de los del órgano de vigilancia" (artículo 14. 5). Con relación a este último apartado, la Exposición de motivos de la propuesta de Quinta Directiva se hacía diversas preguntas: "¿Cuáles son los efectos, sobre la responsabilidad de los órganos de dirección y de vigilancia, de un acuerdo de la junta general que afecte a los actos que hayan sido objeto de un quitus, una autorización, o incluso una orden y que generan daño para la sociedad?. Vistas las tendencias modernas en materia de derecho de sociedades, el quitus no puede ser considerado como una renuncia a una acción de responsabilidad. En efecto, los accionistas frecuentemente sólo disponen de una información insuficiente para apreciar todos los hechos susceptibles de causar un daño. Por las mismas razones, la autorización e incluso la orden dada por la junta general tampoco puede liberar a los órganos sociales de su responsabilidad". Vid. *Proposition de cinquième directive*, Supp. 10/ 72, pág.42.

pueden esperar que se sane la ilicitud de su conducta por el hecho de la existencia de un acuerdo de la Junta general, aunque su actuación haya consistido meramente en la ejecución de dicho acuerdo. Por cuanto se refiere a la intervención de los administradores en la ejecución de los acuerdos de la Junta general, se desprende de toda la normativa mercantil que si los acuerdos son contrarios a la Ley o a los estatutos, y suponen en este caso una lesión del patrimonio social, el deber de los administradores no es el de ejecutarlos sino el de oponerse a ellos⁷⁶³.

La interpretación del artículo 133. 3 LSA nos lleva a las siguientes conclusiones, con SANCHEZ CALERO⁷⁶⁴:

a) La coincidencia previa o posterior del acuerdo de la Junta general con el acto de los administradores no es por sí sola suficiente para hacer desaparecer la responsabilidad civil de éstos por un acto ilícito que sea dañoso para la sociedad. Los acuerdos de la Junta general no impiden que los accionistas minoritarios y, a falta de éstos, los acreedores, e incluso la propia sociedad en caso de haber basado su decisión en informaciones incompletas o inveraces, puedan ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores, si están legitimados para ello. Como señala POLO⁷⁶⁵, la Junta general es libre y soberana para ejercitar o no la acción de responsabilidad dimanante de la actuación culpable o dolosa de los administradores, y para renunciar a ella, pero no tiene poder alguno para exonerarlos de

⁷⁶³Cfr. ARANGUREN URRIZA en AA.VV.: **Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación**. 1990, cit. pág.494; POLO: **Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima**. cit. pág.308.

⁷⁶⁴Cfr. SANCHEZ CALERO: **Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima**. cit. págs.919 y siguientes.

⁷⁶⁵POLO: **Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima**. cit. pág.311.

responsabilidad mediante una adopción, autorización o ratificación de los actos o acuerdos que hayan causado el daño y menos aún respecto de los otros posibles titulares de la acción de responsabilidad.

b) El acuerdo posterior de aprobación por parte de la Junta general del acto de los administradores no supone un descargo de su responsabilidad. La LSA habla incluso de acuerdo de ratificación. Y ello porque desconfía que los accionistas en la Junta general posean la información suficiente a la hora de adoptar tales acuerdos. Sin embargo, a pesar de esta terminante declaración de la LSA, se estima en la doctrina que es lícito, en ciertos supuestos, el acuerdo de descargo de los administradores por la eventual responsabilidad civil en que puedan incurrir a causa de un determinado acto si la Junta estima que tal acto no es contrario a la ley, ni a los estatutos, ni en general a la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, fundándose en un informe veraz y detallado que le hayan presentado los administradores⁷⁶⁶.

Así pues, la adopción de un acuerdo por la Junta general no puede evita que respondan civilmente por la ejecución del mismo los administradores si el contenido de este acuerdo es contrario a la ley o a los estatutos, o bien su ejecución no se concilia con el deber de lealtad y diligencia de los administradores. La sociedad mercantil puede renunciar efectivamente tanto a la reparación civil del daño mediante su exigencia o mediante la renuncia expresa a la acción de responsabilidad una vez adoptado el acuerdo de su ejercicio, como a la interposición de la querella que daría origen a un proceso penal por la comisión de delitos societarios, pero no puede, a través de una ratificación que en manera alguna le

⁷⁶⁶Cfr. GIRON TENA: Derecho de sociedades anónimas. 1952, cit. pág.382; POLO: Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima. cit. pág.310; SUAREZ-LLANOS: Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima. cit. págs.964 y siguiente.

corresponde, eximir a los administradores de su responsabilidad civil frente a la propia sociedad, a los socios y a los terceros que ostenten un interés legítimo.

En resumen, si el acto lesivo es imputable a los administradores por incumplimiento de su deber de diligencia, ningún acuerdo de la Junta previo o posterior podrá impedir la exigibilidad de responsabilidad civil⁷⁶⁷. Los administradores sólo están obligados a ejecutar los acuerdos de la Junta si dicha ejecución se concilia con el respeto a la ley y a los estatutos, así como con la obligación genérica de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal⁷⁶⁸. Ello implica, entre otros aspectos, el cumplimiento de los requisitos de constitución de la Junta y de *quorum* necesarios para una votación válida. La Junta general no puede tomar acuerdos que conculquen normas imperativas⁷⁶⁹.

Cabe afirmar además que no sólo no existe para los administradores una obligación de ejecutar acuerdos contrarios a la ley⁷⁷⁰, sino que ello podría implicar el ejercicio de la acción de responsabilidad civil por los socios minoritarios o por terceros acreedores (artículo 134. 4 y 5 LSA). Y es que,

⁷⁶⁷Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.712.

⁷⁶⁸Cfr. GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. 1976, cit. pág.161, quienes afirman que el deber de ejecución de los administradores se limita a los "acuerdos legítimos", señalando que "en otro caso los administradores se harían cómplices de una violación de la ley y pretenderían excusarse de su responsabilidad alegando el cumplimiento del acuerdo de la junta". Vid. ampliamente ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. págs.714 y siguientes.

⁷⁶⁹Cfr. CAMARA: La competencia de la Junta General de Accionistas. cit. pág.168.

⁷⁷⁰Cfr. ALONSO UREBA: Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima. cit. pág.714.

en efecto, el deber de diligencia de los administradores supone el ejercicio de sus funciones con respeto a la ley y a los estatutos.

7. 6. 4. 3. La colisión de deberes y el cumplimiento de un deber.

Como hemos visto, existe en la legislación sobre sociedades un deber jurídico de los administradores de ejecutar los acuerdos de la Junta general, deber que se extiende únicamente a los acuerdos válidos que respeten la ley y los estatutos sociales, y no impliquen una violación de los deberes de diligencia y lealtad de los administradores.

La colisión de deberes supone la realización de una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico⁷⁷¹. La característica de esta institución es que se presentan dos o más deberes jurídicos cuyo punto de conexión es que el destinatario es el mismo sujeto⁷⁷², y que efectivamente se contraponen⁷⁷³.

No se plantean problemas cuando existe una norma de colisión que resuelve el conflicto al mostrar qué deber tiene

⁷⁷¹Cfr. CEREZO MIR: Curso de Derecho penal español. II. 2. 1990, cit. pág.48; CUERDA RIEZU: La colisión de deberes en Derecho Penal. cit. págs.67 y siguientes. En opinión unánime de la doctrina española, se excluyen los deberes morales o religiosos. En este sentido, vid. CEREZO MIR: op. cit. pág.47; CUERDA RIEZU: op. cit. págs.70 y siguientes; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: Derecho Penal Español. Parte General. 1994, cit. pág.510.

⁷⁷²Cfr. CUERDA RIEZU: La colisión de deberes en el Derecho Penal. cit. pág.69.

⁷⁷³Cfr. BUSTOS RAMIREZ: Manual de Derecho penal. Parte general. 4. ed. 1994, cit. pág.341.

que retroceder. Conforme a este criterio afirma CUERDA RIEZU⁷⁷⁴ que es preciso determinar si el conflicto es resuelto positivamente por la ley o se puede resolver mediante la interpretación.

En referencia al supuesto que nos ocupa parece plantearse un caso particular de conflicto de deberes; según esto, aquí se enfrentarían el deber de ejecutar el acuerdo (deber de acción) en el deber de abstenerse de ejecutarlo (deber de omitir)⁷⁷⁵. Ya hemos visto que el deber de ejecutar los acuerdos de la Junta constituye un principio básico no escrito de organización de las sociedades mercantiles. La LSA también impone a los administradores el deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, cláusula genérica que debe llenarse de contenido en atención a cada caso concreto. Existe inicialmente una evidente contradicción entre un principio y el otro; ahora bien, parece que existe tal contradicción, pero no se da en la realidad, pues el artículo 133. 3 afirma, como hemos visto, que "en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general".

En consecuencia, la situación está ya resuelta positivamente, de manera que el deber jurídico de ejecutar retrocede por disposición legal ante los deberes de diligencia y lealtad que afectan a los administradores.

⁷⁷⁴Cfr. CUERDA RIEZU: La colisión de deberes en Derecho penal. cit. págs.72 y siguientes.

⁷⁷⁵Debe tenerse en cuenta que un sector de la doctrina afirma que un estado de necesidad propio por colisión de deberes sólo se da cuando colisionan dos deberes de actuar (vid. por ejemplo SAMSON: SK. 1. AT. 6. Aufl. 1993, cit. § 34, Rn.27), mientras que otro sector, al cual me adhiero, acepta un estado de necesidad por colisión de deberes también cuando colisionan un deber de actuar y otro de omitir (en este sentido, JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.328).

Aquí, más que una relación de subsidiariedad entre los dos deberes, lo que se da es una limitación de uno por el otro. En este caso no surge ni siquiera un conflicto de deberes aparente puesto que uno de los dos, el de no ejecutar, se impone ab initio, por lo que no será preciso acudir a las reglas de interpretación. En este supuesto no estamos ante un conflicto de deberes sino ante un único deber, razón por la cual no es de aplicación la causa de justificación de colisión de deberes que nos ocupa.

La causa de justificación consistente en el cumplimiento de un deber establece una cláusula general que hace necesario recurrir en cada caso al respectivo sector del Ordenamiento jurídico para saber cuáles son las condiciones que permiten actuar en cada una de esas situaciones⁷⁷⁶, y en el supuesto que nos ocupa al Derecho mercantil. En todo caso, se trata nuevamente del cumplimiento de un deber jurídico que surge directamente del Ordenamiento jurídico⁷⁷⁷.

7. 6. 5. ENTRE LA JUSTIFICACION Y LA EXCLUSION DE LA TIPICIDAD: EL CONSENTIMIENTO.

7. 6. 5. 1. Determinaciones previas.

Después de analizar las causas de justificación que pueden presentar alguna especificidad en el Derecho penal societario, corresponde estudiar los efectos del consentimiento. Ya hemos visto que la Junta general, como órgano que expresa la voluntad de la sociedad, puede autorizar a los administradores a llevar

⁷⁷⁶Cfr. BUSTOS RAMIREZ: Manual de Derecho penal. Parte general. 4. ed. 1994, cit. pág.347.

⁷⁷⁷Cfr. BUSTOS RAMIREZ: Manual de Derecho penal. Parte general. 4. ed. 1994, cit. pág.347. 3.

a cabo actuaciones lesivas o peligrosas para el patrimonio de la propia sociedad. El efecto que pueda tener ese consentimiento previo y expresamente manifestado sobre la responsabilidad penal de los administradores será objeto de estudio en las siguientes páginas. Asimismo analizaremos el consentimiento presunto en relación con los negocios de riesgo, aunque conviene adelantar que consideramos se trata más bien de un problema que ha de resolverse preferentemente en sede de adecuación social y riesgo permitido que en sede de consentimiento.

El consentimiento del titular del bien jurídico protegido puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal. Antes de proceder a examinar la naturaleza dogmática de esta exclusión es necesario adelantar el concepto y las clases del consentimiento objeto de este estudio.

En cuanto a su forma, el consentimiento puede ser expreso o presunto. La diferencia entre ambas clases es considerable puesto que sólo la primera representa un consentimiento real y efectivo, mientras que la segunda es más bien una ficción que opera sin que exista auténtico consentimiento del titular del bien jurídico penalmente protegido⁷⁷⁸. Se deben diferenciar los requisitos del consentimiento expreso de los exigidos para el consentimiento presunto, por cuanto en éste se juega con presunciones que parten precisamente del desconocimiento de la voluntad del titular del bien jurídico.

Según un sector doctrinal mayoritario, el consentimiento del sujeto pasivo juega un doble papel en el seno de la teoría del delito⁷⁷⁹: "*como causa de exclusión de la tipicidad, allí*

⁷⁷⁸Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.379.

⁷⁷⁹La distinción procede de GEERDS: *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*. cit. págs.262 y siguientes, y ha sido asumida, como hemos señalado, por un sector doctrinal mayoritario tanto en Alemania como en España. En

Alemania, vid. por todos HIRSCH: **LK**. 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.96 y siguientes; JAKOBS: **Strafrecht**. AT. 1993, cit. págs.239 y siguientes (sobre el consentimiento como causa de exclusión del tipo), y págs.433 y siguientes (sobre el consentimiento como causa de justificación), aunque distingue también el acuerdo como tercera categoría; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.334 y siguientes; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.29 y siguientes (págs.482 y siguientes). En España, entre otros, CERESO MIR: **Curso de Derecho penal español**. II. 2. 1990, cit. págs.80 y siguientes; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte General**. 1994, cit. págs.506 y siguientes.

La diferenciación entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluye la antijuridicidad es cuestionada por un importante sector de la doctrina, que afirma únicamente el efecto excluyente de la tipicidad. Sobre todo, vid. GÖBEL: **Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts**. 1992, pág.68; HORN: **Syst. Komm. I. AT**. 6. Aufl. 1994, cit. § 226a, Rn.2; KIENZY, D.: **Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers. Auf Grund einer kritischen Betrachtung der Differenzierung in Einwilligung und Einverständnis**. Tübingen, 1970, pág.32; ROXIN: **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. 1973, cit. pág.25, nota núm.57 (**Política criminal y sistema del Derecho Penal**. 1972, cit. págs.56 y siguiente, nota núm.57); del mismo autor: **Über die mutmaßliche Einwilligung**. cit. pág.449; del mismo autor: **Über die Einwilligung im Strafrecht**. separata del núm. especial del "Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra" Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia. 1984, págs.15 y siguientes; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. I. AT**. 6. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.56 y siguientes, quien, aunque recoge la bipartición tradicional, apunta y se une a la tendencia que propone reducir las diferencias (Rn.63); SCHMIDHÄUSER: **Strafrecht. AT. Lehrbuch**. 1975, cit. págs.267 y siguientes, Rn.123 y siguientes; del mismo autor: **Strafrecht. AT. Studienbuch**. 2. Aufl. 1984, cit. págs.113 y siguientes, Rn.106 y siguiente; ZIPF, H.: **Einwilligung und Risikoübernahme**. Neuwied/ Berlin, 1970, págs.20 y 28 y siguientes. En España, por todos, BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. págs.155 y siguiente; BUSTOS RAMIREZ: **Manual de Derecho penal. Parte general**. 4. ed. 1994, cit. págs.303 y siguiente; GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. págs.422 y siguientes; MIR PUIG: **Adiciones**. Vol. I. cit. pág.530; del mismo autor: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.556. En contra, vid. por todos MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. pág.312, quienes afirman que se trata en todo caso de una causa de justificación, por considerar que el consentimiento delimita el ámbito de realización de los demás elementos típicos y, con ello, la protección del bien jurídico, razón por la cual, señalan estos autores, "parece más correcto tratarlo como causa de justificación, dándole también el mismo tratamiento en los casos

donde su presencia enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y como causa de justificación allí, donde subsistiendo dicha lesión, recae, sin embargo, sobre un bien del que el titular puede disponer y dispone efectivamente en favor del autor"⁷⁸⁰. La esencia de la justificación radica, como sabemos, en la necesidad de solventar los conflictos de intereses que surgen en la dinámica de la vida social, de forma que "cuando no hay conflicto de intereses no cabe hablar de justificación, sino de atipicidad"⁷⁸¹. Y ello en tanto en cuanto, como bien señala

de error sobre sus presupuestos fácticos y sobre sus límites".

⁷⁸⁰COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.375. La consideración del consentimiento del titular como causa de justificación en ciertos tipos responde a una jurisprudencia constante en Alemania y es defendida todavía hoy por una parte importante de la doctrina. Vid. por ejemplo GEPPERT: **Rechtfertigende Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitstaten im Straßenverkehr?**. "ZStW" 1983, cit. pág.959; HIRSCH: **LK. 11. Aufl.** 1994, cit. Vor § 32, Rn.92 y siguientes, con ulteriores comentarios; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.337 y siguiente; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.33 y siguientes (págs.484 y siguientes). Tanto en Alemania como en España se ha de partir de la ausencia de una disposición general referente a la eficacia del consentimiento.

⁷⁸¹COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.375. En el mismo sentido, vid. CARBONELL MATEU: **La justificación penal**. cit. págs.47 y siguientes, especialmente pág.63. Esta posición parte de una concepción material de la justificación apoyada en la ponderación de intereses o de valores. Desde este punto de vista se afirma, con apoyo en NOLL: **Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung**. "ZStW" 1965, cit. págs.15 y siguientes, que "el consentimiento opera como causa de justificación cuando el derecho concede prelación al valor de la libertad de actuación de la voluntad frente al desvalor de la acción y del resultado de la agresión o lesión del bien jurídico". CEREZO MIR: **El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación**. cit. pág.213; del mismo autor: **La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española**. cit. pág.20. Vid. también MUÑOZ CONDE: **Teoría general del delito**. 1989, cit. pág.115. En sentido crítico, por todos, BACIGALUPO ZAPATER: **El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles**. cit. pág.115; LUZON PEÑA: **Causas de atipicidad y causas de justificación**. cit. págs.32 y siguiente. Sin embargo, una parte

MIR PUIG⁷⁸², todo depende de si la conformidad del afectado impide ya la lesión del bien jurídico o únicamente la permite: en el primer caso, se debe hablar de ausencia de la tipicidad específica descrita como regla en la Parte especial, y sólo en el segundo caso de causas de justificación, las cuales presuponen la concurrencia previa de aquellos otros elementos que determinan la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido.

Ahora bien, dentro de esta distinción mayoritariamente asumida entre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y como causa de justificación, es posible precisar con mayor detenimiento los efectos del consentimiento estableciendo una nueva y sugestiva clasificación que adoptaré en las siguientes páginas. LUZON PEÑA⁷⁸³, en una postura en cierto modo intermedia, propone distinguir entre el consentimiento como causa de exclusión del tipo indiciario, cuando excluye ya la lesión o afectación del bien jurídico ("como en el hurto el consentimiento válido del dueño en que otro se apodere de la cosa, pues no se ataca su derecho de propiedad y facultades inherentes, sino que se ejercita

de la doctrina española considera, siguiendo a MEZGER: **Lehrbuch. AT. 3.** Aufl. 1949, págs.204 y siguientes, que el consentimiento del ofendido y el consentimiento presunto se basan respectivamente en el principio de la ausencia de interés y en el principio del interés preponderante. Vid. ANTON ONECA: **Derecho Penal. Parte General.** cit. pág.; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte General.** 1994, cit. pág.506; RODRIGUEZ MUÑOZ: **Notas.** a la trad. del Tratado de Derecho Penal, de Mezger, I, Madrid, 1955, pág.412; SAINZ CANTERO: **Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II.** 1990, cit. págs.319 y siguiente. En Alemania, por todos, LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.7 (pág.472).

⁷⁸²Cfr. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. págs.555 y siguiente, quien no obstante afirma, como hemos visto, que el consentimiento sólo opera como causa de atipicidad.

⁷⁸³Cfr. LUZON PEÑA: **Causas de atipicidad y causas de justificación.** cit. *passim*.

precisamente tal derecho al usar de la facultad de disposición"⁷⁸⁴), como causa de exclusión de la tipicidad penal o del injusto penal cuando la acción consentida no es, pese a la concurrencia del consentimiento, jurídicamente lícita, pero tampoco es considerada lo suficientemente grave como para constituir el respectivo ilícito penal (son los casos de consentimiento o acuerdo fáctico no plenamente válido jurídicamente pero penalmente relevante⁷⁸⁵) y, por último, como causa de justificación cuando el consentimiento da lugar a que la conducta del tercero sea perfectamente lícita⁷⁸⁶.

A diferencia de GÜNTHER⁷⁸⁷, quien ha propuesto en

⁷⁸⁴LUZON PEÑA: Causas de atipicidad y causas de justificación. cit. pág.23.

⁷⁸⁵Cfr. LUZON PEÑA: Causas de atipicidad y causas de justificación. cit. págs.30 y siguiente. Menciona LUZON los mismos ejemplos que al tratar del consentimiento que excluye la tipicidad (hurto, allanamiento de morada), pero puntualizando que aquí el consentimiento es jurídicamente inválido, por ejemplo porque quien lo otorga es un menor de edad o un incapaz que, pese a todo, comprenden suficientemente el significado del mismo.

⁷⁸⁶Cfr. LUZON PEÑA: Causas de atipicidad y causas de justificación. cit. pág.23.

⁷⁸⁷Vid. ampliamente GÜNTHER: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*. cit. *passim*; del mismo autor: *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*. cit. págs.189 y siguientes; del mismo autor: *La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*. cit. *passim*. Este autor establece una clasificación de las causas de justificación de mayor a menor intensidad, comenzando por las que suponen deberes jurídicos de actuación, continuando por las que suponen una autorización garantizada por la Constitución y terminando con las que implican derechos de intromisión para garantizar intereses preponderantes o únicamente debidos a la renuncia del titular del bien jurídico (GÜNTHER: *op. cit.* en lengua española, págs.53 y siguientes). Incluye entre las causas de justificación las causas de mera exclusión del injusto penal, afirmando además que dichas causas de exclusión del injusto penal "no deciden sobre la cuestión de si, además de ello, la acción no sólo no realiza un injusto penal, sino que no realiza ningún injusto en absoluto; no se prejuzga el enjuiciamiento de la antijuridicidad por parte del Derecho civil o del Derecho público" (GÜNTHER: *op. cit.* págs.48 y siguiente). Para una crítica exhaustiva de los ejemplos ofrecidos por GÜNTHER, cfr. HIRSCH: *LK*. 11. Aufl. 1994, cit. Vor

Alemania una discutida teoría que presenta algunas semejanzas con la aquí expuesta⁷⁸⁸, LUZON considera que cuando concurre una causa de exclusión del injusto penal no queda abierta la cuestión de si la conducta es o no ilícita en otros sectores del Ordenamiento jurídico, reservando precisamente esa denominación ("causas de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal") sólo para aquellos supuestos en que la conducta sigue siendo antijurídica conforme a otras ramas del Ordenamiento⁷⁸⁹.

§ 32, Rn.10; del mismo autor: *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht.* en HIRSCH/ WEIGEND (comp.): *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland.* 1989, cit. págs.66, 71; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32, Rn.8. Otros autores sostienen teorías relacionadas con la de GÜNTHER, como GÖSSEL: *Recensión a la obra de GÜNTHER: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss.* "GA" 1984, págs.520 y siguientes; del mismo autor en MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF: *Strafrecht.* AT. 2. 8. Aufl. 1992, cit. § 44, I, Rn.8; o SCHÜNEMANN: *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars.* "GA" 1985, págs.347 y siguientes, y "GA" 1986, págs.299 y siguientes, quien considera el consentimiento como "causa de tolerancia", esto es, causa de exclusión de la nocividad social cualificada, no de la antijuridicidad. Sobre las posturas relacionadas con la de GÜNTHER, vid. la amplia panorámica que ofrece DIEZ RIPOLLES: *La categoría de la antijuricidad en Derecho penal.* cit. págs.103 y siguientes.

⁷⁸⁸El propio LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación.* cit. págs.26 y siguiente, afirma que la idea de GÜNTHER "es sustancialmente la misma que la aquí defendida, hasta el punto de que se pueden utilizar como equivalentes los conceptos causa de atipicidad penal y causa de exclusión del injusto penal", pero efectúa diversas puntualizaciones: 1º) no coinciden los casos concretos incluidos por cada autor en la categoría en cuestión; 2º) a diferencia de GÜNTHER, prefiere no englobar bajo el nombre de causas de justificación tanto las causas de exclusión del injusto como las de exclusión del injusto penal (LUZON PEÑA: *op. cit.* pág.35); y 3º) considera LUZON más exacto referir la expresión "causas de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal" sólo a los casos en que se excluye el injusto penal pero la conducta sigue siendo antijurídica en general.

⁷⁸⁹Cfr. LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación.* cit. págs.26 y siguiente.

La cuestión acerca de si en un supuesto concreto el consentimiento excluye ya el tipo indiciario, constituye una causa de exclusión del injusto penal o bien una causa de justificación podría eludirse en el supuesto de que careciera de interés práctico, pero no es éste el caso⁷⁹⁰. Por esta razón, en las siguientes páginas se procederá a determinar la naturaleza jurídica del consentimiento expreso y previo prestado por la junta general de la sociedad mercantil a actuaciones de los administradores lesivas o peligrosas para el patrimonio social. Así pues, se analizarán las cuestiones de los presupuestos de eficacia del consentimiento y de la caracterización general de los bienes jurídicos sobre los que el titular tiene un poder de disposición. El supuesto de un consentimiento expreso y previo pero no plenamente válido jurídicamente merecerá un tratamiento específico. En último lugar se procederá a analizar el consentimiento presunto.

La eficacia jurídico-penal del consentimiento se determina en función del bien jurídico protegido de que se trate⁷⁹¹ y,

⁷⁹⁰Vid. LUZON PEÑA: Causas de atipicidad y causas de justificación. cit. pág.22, donde alude sin mayor profundización a las diferencias que en materia de error y de iniciación del procedimiento se derivan de la distinción entre causas de exclusión del tipo indiciario y causas de justificación. En las págs.27 y siguiente, a las que remitimos, se refiere con mayor detenimiento a las diferencias procedentes de apreciar una causa de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal o una causa de justificación. Vid. también JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.337. No obstante, relativizando las eventuales consecuencias prácticas de la controversia en torno a la ubicación del consentimiento en la teoría del delito, vid. MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht**. AT. 1. 8. Aufl. 1992, § 17, III, Rn.34.

⁷⁹¹Vid. por ejemplo MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. págs.312 y siguiente. Como señala BACIGALUPO ZAPATER: **El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles**. cit. pág.113, la tesis que afirma en todo caso la eficacia excluyente de la tipicidad se fundamenta en que los bienes jurídicos están a disposición de su titular: dado el acuerdo de éste para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación. En este sentido, por todos, MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht**. AT. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17 III, Rn.36 y siguientes, especialmente Rn.39;

más concretamente, de cómo se hallen plasmados los tipos legales⁷⁹². El tema queda ciertamente relativizado en el ámbito de los delitos societarios al configurarse éstos en los diferentes proyectos como delitos perseguibles a instancia de parte⁷⁹³.

7. 6. 5. 2. El consentimiento como causa de exclusión del tipo indiciario en los delitos contra el patrimonio. Requisitos de su eficacia.

La doctrina mayoritaria señala la existencia de delitos en los que, según el tenor literal y el sentido de la descripción legal, la acción típica se dirige directamente contra la voluntad del sujeto pasivo, mientras que en caso de conformidad no se suscita reparo alguno puesto que desaparece toda lesividad de la conducta. En estos casos, se dice, la circunstancia que fundamenta el injusto de la correspondiente clase de delito radica en la oposición a la voluntad del titular del bien jurídico⁷⁹⁴, de forma que el comportamiento

ROXIN: *Strafrecht*. AT. 1992, cit. § 13, II, Rn.11 y siguientes (págs.340 y siguientes).

⁷⁹²Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.556 y siguiente; ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho penal*. cit. pág.405; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.30 (pág.483); WIMMER, K.: *Die Bedeutung des zustimmenden Willens und anderer positiver Stellungnahmen des Berechtigten sowie die Wirkung seiner Täuschung bei ausgewählten strafrechtlichen Deliktsdefinitionen*. Heidelberg, 1980, págs.1 y siguientes, quien señala que la efectividad del consentimiento deriva de la interpretación de los tipos delictivos considerados individualmente.

⁷⁹³Vid. ampliamente GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. págs.27 y siguientes.

⁷⁹⁴Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.335. En el mismo sentido, vid. CASAS BARQUERO: *El consentimiento en el Derecho penal*. cit. pág.31, nota núm.10; CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.80 y siguiente; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*.

del sujeto activo será absolutamente irrelevante si dicho titular ha manifestado expresa o tácitamente su voluntad conforme con dicho comportamiento. Se trata, pues, o bien de tipos en cuya configuración se exige explícita o implícitamente⁷⁹⁵ que la conducta descrita se lleve a cabo contra la voluntad del que sufre el ataque, o bien en los que concurriendo el consentimiento desaparece el objeto de protección penal⁷⁹⁶. En tales supuestos la anuencia del sujeto pasivo titular del bien jurídico penalmente protegido convierte la acción no ya en justificada sino en atípica⁷⁹⁷. Como señala LUZON PEÑA⁷⁹⁸, el consentimiento del sujeto pasivo excluye ya la lesión o afectación del bien jurídico y por tanto el tipo indiciario.

Tradicionalmente la doctrina ha considerado que en los delitos patrimoniales el consentimiento opera como causa de atipicidad, puesto que el patrimonio se considera un bien

1990, cit. págs.556 y siguiente. En Alemania, vid. por todos, GEERDS: *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*. cit. pág.262; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.11 (pág.208); LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.30 (pág.483).

⁷⁹⁵Cfr. CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.80 y siguiente. Advierte no obstante LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. pág.23, que aunque el tipo mencione expresamente la ausencia de consentimiento, ello no prejuzga su naturaleza.

⁷⁹⁶Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.556 y siguiente, donde puntualiza que "esto último sólo podrá admitirse en la medida en que el bien jurídico correspondiente pueda identificarse con la libertad de disposición sobre determinado objeto, y no con este objeto mismo, o por lo menos con el valor que dicho objeto tiene para su titular, y no objetivamente" (cursivas en el original).

⁷⁹⁷COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.375. En el mismo sentido, vid. CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.80 y siguientes, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

⁷⁹⁸Cfr. LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. pág.23.

jurídico básicamente renunciable⁷⁹⁹, entendiendo, como hemos visto, que aunque aparentemente la conducta encaje en la descripción legal, al concurrir el consentimiento no se produce la afectación del bien jurídico patrimonio. No se determina si la conducta sigue siendo o no antijurídica en otros sectores del Ordenamiento jurídico, aunque en Alemania progresa una opinión según la cual el consentimiento en la lesión de bienes jurídicos disponibles excluye siempre la tipicidad⁸⁰⁰.

En la doctrina española⁸⁰¹ también es opinión dominante

⁷⁹⁹Vid. por ejemplo, en este sentido, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.80 y siguientes; COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.375; DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.280; QUINTANO RIPOLLES: *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal*. "ADPCP" 1950, pág.329; ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*. I. cit. págs.300 y siguientes. En Alemania, por todos, MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht*. AT. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17, III, Rn.50.

⁸⁰⁰Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.337, quien no obstante se adhiere a la doctrina mayoritaria que postula el tratamiento diferenciado; y MAIWALD: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes*. cit. pág.126. En ese sentido, vid. por todos, MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht*. AT. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17, III, Rn.39 y siguientes; ROXIN: *Strafrecht*. AT. I. 1992, cit. § 13, Rn.11 (págs.340 y siguiente), con ulteriores referencias bibliográficas; SCHMIDHAUSER: *Strafrecht*. AT. *Studienbuch*. 2. Aufl. 1984, cit. págs.113 y siguientes; WEIGEND: *Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*. "ZStW" 1986, págs.44 y siguientes; ZIPF: *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*. cit. págs.29 y siguientes.

⁸⁰¹Vid. entre otros BUSTOS RAMITEZ: *Manual de Derecho Penal español. Parte Especial*. 2ª ed. 1991, cit. pág.166; DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.280; QUINTERO OLIVARES: *Hurto*. "CLP", cit. pág.1140; RODRIGUEZ DE VESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.420; y RODRIGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. 2ª ed. 1987, cit. pág.278.

A veces, no obstante, se alude al consentimiento como causa de justificación también en los delitos contra el patrimonio. Vid. por ejemplo MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.220; QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. II. 1977, cit. págs.124 y siguientes. En la doctrina alemana ésta es también la opinión dominante. Vid. por todos JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.510

que en los delitos contra la propiedad el consentimiento en la apropiación excluye la tipicidad de la conducta, entre otros motivos, según se señala, porque el actual artículo 514 CP exige expresamente que la apropiación tenga lugar "sin la voluntad del dueño", exigencia que obliga a considerar completamente atípica, y no sólo justificada, la conducta de quien actúa amparado en dicha voluntad⁸⁰².

Habitualmente se afirma que es similar dicha eficacia ante cualquier delito de índole patrimonial, aun cuando en ellos no se recoja expresamente la alusión a la ausencia de voluntad del dueño, puesto que necesariamente ésta ha de concurrir para poder confirmar la presencia del injusto típico⁸⁰³. Se trata de tipos en los que aparece como requisito expreso o tácito de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la acción u omisión se realice contra o sin la voluntad del sujeto pasivo.

Para que la conducta del sujeto activo pueda ser considerada atípica en virtud del consentimiento del titular es preciso que éste reúna una serie de requisitos que

y siguientes. A sugerencia de GEERDS: *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*. "GA" 1954, págs.262 y siguientes, y *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*. "ZStW" 1960, págs.42 y siguientes, en Alemania se distingue incluso terminológicamente entre el consentimiento como causa de exclusión del tipo y el consentimiento como causa de justificación, reservado para éste último el término consentimiento (*Einwilligung*) y designando al primero con el término conformidad o acuerdo (*Einverständnis*).

⁸⁰²Es doctrina mayoritaria. Vid. por todos DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.278; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.553.

⁸⁰³Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.280. Vid. también CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.80 y siguiente; MAIWALD: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes*. cit. págs.127 y siguientes, y los autores que en todo caso consideran que el consentimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad.

analizaremos en las líneas siguientes, y que sólo son predicables del consentimiento expreso. Ahora bien, ya se ha advertido que únicamente en relación a los distintos tipos y según su sentido y finalidad será posible determinar la eficacia efectiva del consentimiento, de forma que los presupuestos de validez han de ser obtenidos a partir de los tipos penales en concreto, pudiendo variar según cuál sea su alcance y contenido⁸⁰⁴.

Los requisitos del consentimiento como causa de exclusión del tipo no coinciden con los establecidos por el Código civil en los artículos 1262 y siguientes. Según la opinión dominante en la moderna doctrina penal española⁸⁰⁵ y alemana⁸⁰⁶, el consentimiento en Derecho penal es una institución con rasgos peculiares que la diferencian claramente del consentimiento en

⁸⁰⁴Cfr. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*. I. cit. pág.309. En Alemania, por todos, LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.11 (pág.208); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.30 y siguiente (pág.483); MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht. AT*. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17 III, Rn.40, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

⁸⁰⁵Vid., en este sentido ANTON ONECA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.291; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.81 y siguiente; DIEZ RIPOLLES: *La categoría de la antijuricidad en Derecho penal*. 1995, cit. pág.152; GONZALEZ RUS: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. II. 1992, cit. págs.10 y siguiente; JORGE BARREIRO: *La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*. "CPC" núm.16, 1982, pág.22; del mismo autor: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Madrid, 1990, pág.84; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.563; ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*. I. cit. págs.300, 309 y siguiente y nota núm.81.

En contra, vid. por todos JIMENEZ DE ASUA: *Tratado*. IV. núm.1429.

⁸⁰⁶Vid. por todos GÜNTHER: *La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal*. cit. pág.54; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.343; MAIWALD: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes*. cit. pág.135; MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht. AT*. I. 8. Aufl. 1992, cit. § 17, III, Rn.57; SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht. AT. Lehrbuch*. 1975, cit. págs.273 y siguiente, Rn.134; del mismo autor: *Strafrecht AT. Studienbuch*. 2. Aufl. 1984, cit. pág.120, Rn.127.

el Derecho civil.

Entiendo que en esta cuestión ha de diferenciarse entre los delitos patrimoniales y los restantes delitos en los que se protegen bienes jurídicos individuales disponibles⁸⁰⁷, y ello no tanto como consecuencia de un principio general de unidad del Ordenamiento jurídico cuanto por aplicación del principio de accesoriedad de la protección jurídico-penal del patrimonio respecto a la regulación civil⁸⁰⁸. De esta manera, en el caso de delitos contra el patrimonio es necesario para que el consentimiento despliegue su eficacia como causa de exclusión de toda la antijuridicidad, y no sólo de la penal, que concorra la capacidad negocial fijada según los criterios establecidos en los Códigos civil y de comercio⁸⁰⁹.

Aplicando las tesis de LUZON, en el caso de que el consentimiento prestado por el titular del patrimonio no sea plenamente válido jurídicamente concurre el tipo indiciario, operando el consentimiento únicamente como causa de exclusión

⁸⁰⁷Cfr. MAIWALD: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes*. cit. pág.135. En el mismo sentido, DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.3b (págs.192 y siguiente); JAKOBS: *Strafrecht. AT*. 2. Aufl. 1991, cit. § 7, Rn.114 (págs.244 y siguiente); LENCKNER, T.: *Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter*. "ZStW" 1960, pág.446; el mismo autor en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.39 (pág.486), señalando que en los casos de lesión de derechos patrimoniales debe exigirse la capacidad de contratar; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. I. AT*. 6. Aufl. 1993, cit. Vor § 32, Rn.41 y 73 y siguientes.

⁸⁰⁸Cfr. MAIWALD: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes*. cit. pág.135.

⁸⁰⁹JIMENEZ DE ASUA: *Tratado*. IV. cit. núm.1429, sostuvo una posición según la cual el consentimiento referente a bienes patrimoniales debería requerir, a diferencia del referido a otros bienes jurídicos, la capacidad exigida por el Derecho privado. En este sentido, vid. también MAIWALD: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes*. cit. pág.135. En contra, por todos, WELZEL: *Derecho Penal alemán. Parte General*. 4. ed. castellana, 1993, cit. pág.115.

del injusto penal: se produce entonces una lesión jurídicamente relevante del patrimonio que, sin embargo, no es lo suficientemente grave como para ser considerada jurídico-penalmente relevante. Por tanto, la conducta será civilmente antijurídica pero no penalmente; subsiste un ilícito civil⁸¹⁰. En fin, basta con una situación fáctica de consentimiento, aunque no sea plenamente válido jurídicamente, del titular del bien jurídico patrimonio para que quede excluida la tipicidad penal, pero el consentimiento debe ser civilmente válido para que quede excluida también la antijuridicidad en el sector privado del Ordenamiento jurídico.

Si se hace referencia a bienes o derechos que provienen de ámbitos no penales del Ordenamiento jurídico, como sucede con el patrimonio, la eficacia del consentimiento como causa de exclusión del tipo indiciario o como causa de exclusión del injusto penal está condicionada por las reglas generales del sector del Derecho privado o público del que surge el derecho acordado⁸¹¹.

⁸¹⁰Cfr. LUZON PEÑA: Causas de atipicidad y causas de justificación. cit. págs.30 y siguiente. Llegan a una conclusión similar BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.77, nota núm.69, quienes, tras afirmar que el consentimiento es causa de atipicidad en el hurto, apuntan que "para que el consentimiento operara como causa de justificación, si partimos de la unidad del Derecho en orden al elemento de la antijuricidad, sería necesario que el consentimiento justificara el comportamiento en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto puede ocurrir en muchos casos pero no en todos. En efecto, cuando el consentimiento lo otorga el mayor de edad penal (16 años) pero menor de edad civil (18 años) no emancipado, elimina el delito de hurto, pero podría constituir un ilícito civil con los efectos correspondientes". En el mismo sentido, vid. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.279, quien utiliza este argumento para negar que el consentimiento opere como causa de justificación en el hurto.

⁸¹¹Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: **El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles**. cit. pág.116. Vid. también BUENO ARUS: **El consentimiento del paciente**. en MARTINEZ-CALCERRADA, L. (dir.): **Derecho Médico**. Vol. I. Madrid, 1986, págs.273 y siguientes.

La doctrina dominante destaca que únicamente el propietario o persona que pueda disponer del objeto en cuestión puede otorgar un consentimiento plenamente válido y eficaz⁸¹². Se niega relevancia al consentimiento prestado por un tercero salvo en los supuestos de falta de capacidad natural de juicio del titular persona física, en cuyo caso puede ser otorgado válidamente el consentimiento por los representantes legales del inimputable⁸¹³. La concurrencia de un consentimiento prestado por un tercero incapaz podría determinar, en todo caso, la exclusión de responsabilidad por existencia de un error sobre un elemento típico en relación al autor que cree tener el consentimiento del propietario, y la incriminación de quien, indebidamente, lo ha emitido⁸¹⁴. De esta forma, el consentimiento de un lícito poseedor que exceda las atribuciones de su situación legal es relevante penalmente no

⁸¹²Es doctrina mayoritaria. Vid. por todos BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.77; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. pág.88; GONZALEZ RUS: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. II. 1992, cit. pág.10; DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. págs.278, 280 y siguiente; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. 1993, cit. pág.313. Vid. también, con interesantes matizaciones, MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.563 y siguiente; y VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.828.

Es también doctrina dominante en Alemania. Vid. por todos DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.3b (págs.192 y siguiente); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.35a (pág.485); MAIWALD: *El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanas*. cit. págs.135 y siguiente. En contra, por todos, LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.16 (págs.208 y siguiente).

⁸¹³Cfr. CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. pág.83. Vid. también ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*. I. cit. págs.319 y siguientes. En Alemania, por todos, HIRSCH: *LK*. 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.117, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

⁸¹⁴Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.281.

porque con él se excluya la lesión de la propiedad, que se produce igualmente, sino porque el receptor del mismo podrá alegar la existencia de una errónea creencia sobre la voluntad del dueño⁸¹⁵.

Los requisitos de validez del consentimiento se vinculan, según la doctrina mayoritaria, a la inexistencia de vicios en la voluntad de quien lo emite⁸¹⁶. La eficacia del consentimiento como causa de exclusión del tipo indiciario desaparece, pues, cuando no es consciente y libre, es decir, cuando ha sido obtenido mediante engaño, violencia, intimidación o amenazas⁸¹⁷. Nada impide, por otra parte, que la conducta engañosa pueda subsumirse en alguna de las

⁸¹⁵Cfr. DE LA MATA BARRANCO: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. cit. pág.281.

⁸¹⁶Cfr. CEREZO MIR: Curso de Derecho penal español. II. 2. 1990, cit. págs.81 y siguiente; DE LA MATA BARRANCO: Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. cit. pág.280. Vid. también en este sentido, BACIGALUPO ZAPATER: Principios de Derecho Penal español. Parte General. 1990, cit. págs.156 y siguiente; GONZALEZ RUS: Manual de Derecho Penal (Parte Especial). II. 1992, cit. pág.11; JORGE BARREIRO: La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. cit. pág.33; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: Derecho Penal. Parte General. 1993, cit. pág.313. Matizando, por todos, DIEZ RIPOLLES en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. 1993, cit. pág.339; y MAIWALD: El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes. cit. págs.136 y siguiente.

⁸¹⁷Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: Principios de Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. págs.156 y siguiente; CASAS BARQUERO: El consentimiento en el Derecho penal. cit. págs.85 y siguiente; COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.379; MUÑOZ CONDE: Teoría general del delito. 1989, cit. pág.115. Matiza MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. pág.565, que la coacción excluye siempre la eficacia del consentimiento, pero que el error y el engaño "sólo lo hacen cuando afectan a la cantidad y cualidad de la injerencia consentida". También matizando, vid. BACIGALUPO ZAPATER: El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles. cit. págs.116 y siguiente.

modalidades típicas de los delitos societarios⁸¹⁸. En términos generales, cabe señalar que el consentimiento eficaz es el otorgado libremente⁸¹⁹.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el consentimiento tiene que referirse necesariamente a un resultado de lesión o de peligro, puesto que se halla dentro de la esfera del poder de disposición del titular del bien jurídico sólo en cuanto sea entendido como una renuncia a dicho bien⁸²⁰.

El consentimiento debe ser expresado con carácter previo o simultáneo al momento en que tiene lugar la actuación lesiva o peligrosa para el patrimonio, negándose cualquier efecto excluyente de la tipicidad o de la antijuridicidad al que se produce en un momento a posteriori⁸²¹. Ahora bien, no es

⁸¹⁸Ahora bien, ha puesto de relieve VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.828, con respecto al consentimiento en los delitos de robo y hurto, que aun cuando el consentimiento se obtenga mediante engaño o concurriendo otra circunstancia que lo haga ineficaz para transferir el dominio, sí tendrá relevancia penal por cuanto excluirá la tipicidad de la conducta conforme a un delito de hurto, ya que no podrá hablarse de "ausencia de voluntad del dueño".

⁸¹⁹Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. págs.156 y siguiente. Vid. también CASAS BARQUERO: **El consentimiento en el Derecho penal**. cit. pág.77; y CORDOBA RODA: **El delito de detenciones ilegales en el Código penal español**. "ADPCP" 1965, cit. pág.18. En Alemania, por todos, MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht**. AT. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17, III, Rn.59.

⁸²⁰Cfr. MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht**. AT. 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17 III, Rn.54 y siguientes.

⁸²¹Es doctrina absolutamente dominante. Cfr. entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de derecho penal. Parte general**. 3. ed. 1994, cit. pág.156; BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.77; CASAS BARQUERO: **El consentimiento en el Derecho penal**. cit. pág.83; CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español**. II. 2. 1990, cit. pág.82; GONZALEZ RUS: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial)**. II. 1992, cit. pág.11; DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.278; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN:

preciso que llegue a ser conocido por el autor del delito con carácter previo o simultáneo a su comisión, puesto que el consentimiento expreso despliega sus efectos igualmente⁸²². En la actualidad se ha impuesto la tesis que exige sólo que el consentimiento sea reconocible externamente por cualquier medio, aunque no sea uno de los previstos por el Derecho civil⁸²³. Frente a la teoría de la declaración de voluntad⁸²⁴, no es preciso para afirmar la eficacia excluyente del tipo que el sujeto activo llegue a tener noticia del consentimiento con carácter previo o simultáneo a la realización de la conducta

Derecho Penal. Parte General. 1993, cit. pág.313. En Alemania, vid. por todos ESER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 242, Rn.36 (págs.1740 y siguiente); MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht. AT.** 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17 III, Rn.57.

⁸²²Vid. por todos BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)**. 1993, cit. pág.77; CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. II.** 2. 1990, cit. págs.83 y siguiente; COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General.** 1991, cit. pág.379; GONZALEZ RUS: **Manual de Derecho Penal (Parte Especial).** II. 1992, cit. pág.11; MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. pág.564.

Por el contrario, un sector de la doctrina hace depender el efecto excluyente de la tipicidad del conocimiento por el autor. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho penal.** cit. pág.84; JIMENEZ DE ASUA: **Tratado.** IV. cit. núm.1429; MUÑOZ CONDE: **Teoría general del delito.** 1989, cit. pág.115. Sobre la situación en la doctrina alemana, vid. por todos MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht. AT.** 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 17 III, Rn.61 y siguientes.

⁸²³Cfr. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. pág.564. En Alemania es doctrina mayoritaria. Vid. por todos BAUMANN/ WEBER: **Strafrecht. AT.** 9. Aufl. 1985, cit. págs.322 y siguiente; BOCKELMANN/ VOLK: **Strafrecht. AT.** 4. Aufl. 1987, cit. pág.103; DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze.** 47. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.3b (págs.192 y siguiente); HIRSCH: **LK.** 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rh.109 y siguientes; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. pág.343; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.43 (pág.488).

⁸²⁴Sobre estas teorías, vid. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. pág.343.

típica (teoría de la dirección de la voluntad)⁸²⁵.

Es válida la revocación del consentimiento una vez comenzada la realización de la conducta típica pero sin haber sido alcanzada la consumación, de modo que el autor no puede seguir considerando atípica su conducta si prosigue en la realización del hecho típico a partir del momento en que llega a su conocimiento la revocación del consentimiento emitida por el titular del bien jurídico protegido⁸²⁶.

7.6.5.3. Relevancia del consentimiento expreso en los delitos societarios.

Sin pretender un análisis exhaustivo de la figura del consentimiento expreso, cuyos requisitos he bosquejado en el apartado anterior, interesa en este punto precisar ciertos elementos y requisitos en relación con su admisibilidad en el delito societario de administración fraudulenta.

Ya he puesto de manifiesto que la determinación de los supuestos en los que el sujeto pasivo puede disponer libremente acerca del aseguramiento penal efectivo del bien jurídico constituye un problema de interpretación de los tipos penales. Y ello dado que "la eficacia del consentimiento en Derecho penal se encuentra en estrecha relación con la condición del

⁸²⁵Cfr. GEERDS: *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*. cit. págs.266 y siguiente. En España, vid. por todos CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. págs.83 y siguiente, nota núm.23.

⁸²⁶Es doctrina mayoritaria. Cfr. por todos, BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho penal. Parte general*. 3. ed. 1994, cit. pág.156; CASAS BARQUERO: *El consentimiento en el Derecho penal*. cit. pág.83; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*. II. 2. 1990, cit. pág.82; GONZALEZ RUS: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. II. 1992, cit. pág.11; ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*. I. cit. págs.309 y siguiente, nota núm.81, y 356 y siguiente.

sujeto pasivo y con la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados"⁸²⁷. En consecuencia, para determinar la naturaleza y eficacia del consentimiento expreso en el delito de administración social fraudulenta se hace necesario determinar, en primer lugar, quién es el titular del bien jurídico penalmente protegido, y en un segundo momento hasta qué punto puede disponer el titular de dicho bien⁸²⁸.

Una vez que hemos comprobado que el bien jurídico protegido en los delitos societarios es el patrimonio⁸²⁹, el consentimiento del titular del mismo constituye una causa de exclusión del tipo indicario⁸³⁰. El patrimonio es, por regla general, un bien jurídico eminentemente disponible; dado el acuerdo del titular para su menoscabo no cabe pensar en una lesión o puesta en peligro necesitada de justificación.

En el delito societario de administración fraudulenta conviene distinguir entre la protección refleja de patrimonios individuales, cuyos titulares son los socios, los acreedores de la sociedad o los terceros, y la protección directa del patrimonio social, cuyo titular es la propia sociedad mercantil

⁸²⁷ROMEO CASABONA: El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980. "CPC" núm.17, 1982, pág.275. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. págs.558 y siguientes.

⁸²⁸Cfr. CASAS BARQUERO: El consentimiento en el Derecho penal. cit. pág.90. En el mismo sentido, vid. ROMEO CASABONA: El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980. cit. pág.275.

⁸²⁹De igual manera que en la *Untreue*, como hemos visto. Esta coincidencia nos permite adaptar aquí las soluciones que la doctrina alemana ha ofrecido en torno al problema del consentimiento de los socios a actuaciones en perjuicio de la sociedad.

⁸³⁰En este sentido, vid. por todos LABSCH: *Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers*. cit. págs.602 y siguiente; LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.21.

como persona jurídica independiente⁸³¹.

En Alemania, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias afirman que una actuación en perjuicio del patrimonio social también es punible aunque todos los socios hayan consentido, e incluso cuando se trata de una sociedad unipersonal y el único socio ha dado su consentimiento⁸³². El patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios son completamente independientes, en virtud del principio de separación. Y es que la afirmación conforme a la cual los socios son los "verdaderos" propietarios del patrimonio social sólo es parcialmente exacta⁸³³. En efecto, desde un punto de vista jurídico es la persona jurídica social la única propietaria del patrimonio de su titularidad, y ello aunque se reconozca como un lugar común en la doctrina que la sociedad mercantil sirve a los intereses de sus socios⁸³⁴. Y, como ya hemos visto, si un consentimiento eficaz presupone sin duda que el que consiente es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, de este punto de partida se deriva que el

⁸³¹Vid. KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. págs.395 y siguientes.

⁸³²Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.14; HÜBNER: *LK*. 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.87. Vid. amplias referencias jurisprudenciales en KOHLMANN: *Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?*. cit. pág.387, nota núm.1, y págs.388 y siguientes. Por su parte, ULMER: *Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter?*. cit. págs.853 y siguientes, ofrece un amplio análisis del tema también desde el punto de vista de la regulación mercantil.

⁸³³Cfr. WIEDEMANN, H.: *Gesellschaftsrecht. Grundlagen*. Bd. I. München, 1980, pág.198. Vid. sobre las dificultades de afirmar la "ajeneidad" cuando son los socios quienes perjudican el patrimonio social, LABSCH: *Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers*. cit. pág.604.

⁸³⁴En este sentido, cfr. por todos ZIELINSKI: *Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft*. cit. pág.6.

consentimiento de todos los socios no puede ser tenido en cuenta desde el momento en que no son los titulares del patrimonio social⁸³⁵.

Ahora bien, cuando los socios se reúnen en Junta general con todas las formalidades legales actúan como órgano de formación de la voluntad social, esto es, como órgano de decisión con facultades de disposición sobre el patrimonio de la sociedad. Las decisiones que se adoptan en Junta general son imputables a la propia sociedad como persona jurídica. El problema se centra, pues, no en la titularidad del patrimonio⁸³⁶, sino en si y en qué medida la sociedad mercantil puede disponer de su patrimonio⁸³⁷, puesto que no goza de la libertad de disposición que el Ordenamiento jurídico otorga por regla general a las personas físicas. El patrimonio social es un patrimonio vinculado a la consecución de determinados fines, cuya integridad sirve como garantía de los derechos de socios y acreedores⁸³⁸.

La sociedad mercantil no puede disponer libremente de su patrimonio durante el período activo de la vida social⁸³⁹. El patrimonio social, como tal patrimonio cuyo titular es la persona jurídica sociedad mercantil, está sustraído al poder

⁸³⁵Cfr. KOHLMANN: Untreue zum Nachteil einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?. cit. pág.399; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.35 y siguiente (págs.485 y siguiente).

⁸³⁶En este sentido, cfr. LABSCH: Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers. cit. págs.604 y siguiente.

⁸³⁷Cfr. KOHLMANN: Untreue zum Nachteil einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?. cit. pág.399.

⁸³⁸Sobre el contraste sólo aparente entre la protección del patrimonio social y la protección que se otorga al patrimonio de los acreedores, vid. ULMER: Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter?. cit. págs.860 y siguiente.

⁸³⁹Cfr. KOHLMANN: Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?. cit. pág.396.

de disposición de la propia sociedad en la medida en que el ejercicio de dicho poder afecte al principio de conservación del patrimonio y del capital social³⁴⁰. Los actos de disposición sobre el patrimonio social que no afecten a este principio son perfectamente legítimos³⁴¹, de forma que el consentimiento de todos los socios excluye ya el tipo indiciario.

Con respecto al consentimiento otorgado por la junta general a las actuaciones lesivas o peligrosas para el patrimonio social llevadas a cabo por los administradores, el problema que se plantea es ante todo un problema de límites de la eficacia. La capacidad de disposición de la sociedad mercantil sobre su propio patrimonio está sometida a numerosos límites impuestos por la ley, por los estatutos sociales y por el obligado respeto al interés social. En caso de que no se respeten tales límites a la hora de otorgar el consentimiento, éste no operaría como causa de exclusión del tipo indiciario pero sí como causa de exclusión del injusto penal, subsistiendo entonces la antijuridicidad de la conducta fuera del sector penal del Ordenamiento jurídico. Veamos cuáles son esos límites impuestos por el Derecho mercantil.

Como sabemos, la Junta general es el órgano de formación y expresión de la voluntad de las sociedades mercantiles. La Junta, como reunión de los socios debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre los asuntos sociales propios de su competencia, es el órgano soberano de las sociedades mercantiles. Sus decisiones obligan a los administradores y a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la junta (artículo 93 LSA). La voluntad social se forma por la fusión de las voluntades

³⁴⁰Cfr. KOHLMANN: Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?. cit. pág.397.

³⁴¹Cfr. KOHLMANN: Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?. cit. pág.397.

individuales de los socios en los acuerdos o decisiones tomados por la junta. La naturaleza de los acuerdos de la Junta es un tema que se ha prestado a toda clase de debates en la doctrina mercantilista; en general se acepta que son declaraciones de voluntad y que, en este sentido, entran en la categoría de los negocios jurídicos.

Aun cuando habitualmente se considere que el patrimonio es un bien jurídico absolutamente disponible por su titular, de forma tal que se admite sin más la renuncia del mismo a la protección ofrecida por el Derecho penal, se trata ésta de una afirmación que no puede ser aceptada sin más puntualizaciones en el ámbito de las sociedades mercantiles.

En efecto, como ya hemos tenido ocasión de comprobar⁸⁴², las leyes mercantiles establecen estrictas medidas de defensa del capital y del patrimonio social de obligado respeto por parte de la sociedad mercantil que es su titular⁸⁴³, a lo cual se añade un sistema de publicidad legal o de derecho predominantemente obligatoria, que instituye un sistema orgánico de publicidad de aquellos actos y situaciones jurídicas más relevantes concernientes a la sociedad, así como un alto y fiable nivel de información contable que permita tomar decisiones adecuadamente fundadas en orden a inversiones, política de créditos, mercado de capitales, etc. En el ámbito de las sociedades mercantiles, la libertad negocial y de disposición sobre el propio patrimonio está sometida a dos

⁸⁴²Vid. *supra*.

⁸⁴³La LSA establece, entre otras medidas dirigidas al mismo fin: el sistema de cautelas en la valoración de las aportaciones no dinerarias (artículos 38 y siguiente); la prohibición de emitir acciones por debajo de la par (artículo 47); la obligación de constituir una reserva especial con cargo a beneficios (artículo 214); la prohibición de pagar dividendos a las acciones como no sea con cargo a beneficios realmente obtenidos (artículo 213. 2); la prohibición a la sociedad de suscribir sus propias acciones y las limitaciones a la adquisición de acciones propias ya emitidas (artículos 74, 75 y 76), etc. Más ampliamente, vid. *supra*.

limitaciones: la ley y los principios configuradores del régimen legal de las sociedades mercantiles.

Gestado y publicado el Código de comercio en pleno apogeo del liberalismo, es lógico que responda al espíritu de esta doctrina y proclame, en su Exposición de Motivos, que la regulación de las sociedades está inspirada en la más amplia libertad de los socios para constituirse en sociedad como tengan por conveniente y en la completa ausencia de intervención gubernativa en la constitución y en el funcionamiento ulterior de las sociedades así creadas. Las normas del Código de comercio en materia de sociedades son, en efecto, normas que, salvo contadas excepciones, sólo entran en juego en defecto de pacto o condición contractual en contrario⁸⁴⁴. Ahora bien, este carácter dispositivo del Derecho regulador de las sociedades mercantiles cada día resulta menos adecuado para proteger convenientemente los grandes intereses económicos que ponen en juego, hecho que ha sido observado por el legislador mercantil⁸⁴⁵. De ahí que en las vigentes leyes reguladoras de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada se altere ese carácter tradicional del Derecho de sociedades, imprimiendo a sus preceptos un carácter esencialmente coactivo⁸⁴⁶.

En consecuencia, mientras que las sociedades colectivas y comanditarias, reguladas exclusivamente por el Código de

⁸⁴⁴Vid. el artículo 121 C.Co., el cual, anteponiendo la voluntad de los interesados al mandato de la ley, dice que "las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código".

⁸⁴⁵Cfr. URÍA: *Derecho Mercantil*. cit. pág.157.

⁸⁴⁶Las disposiciones transitorias de la LSA y de la LSRL declaran que las escrituras sociales no podrán ser aplicadas en contradicción con la ley; y, acentuando al máximo el carácter de derecho necesario, las dos leyes obligan a las sociedades anteriormente creadas a adaptar sus estatutos o escrituras a los nuevos preceptos legales.

comercio, están sometidas en su funcionamiento a un régimen legal en gran parte dispositivo, las SRL y las SA⁸⁴⁷ están rígidamente reguladas por un régimen legal coactivo e inderogable por la voluntad de los socios contratantes, con el fin de permitir al Estado mantener un control indirecto de esas sociedades sin atentar contra el principio de la libertad de iniciativa del empresario. La junta, en fin, debe respetar los preceptos de carácter imperativo que establece la propia Ley⁸⁴⁸.

Esta inderogabilidad de numerosos preceptos legales por la voluntad mayoritaria de los socios niega, como no podía ser menos, tanto la eficacia civil como la exclusión del tipo indiciario a causa del consentimiento expresa y previamente manifestado en junta general que los contradiga. Y es que los intereses patrimoniales de la sociedad no son ilimitadamente disponibles⁸⁴⁹. La tutela del patrimonio social supone la convergencia de una pluralidad de intereses heterogéneos que no son reducibles a los intereses de la propia sociedad mercantil o de sus socios, sino que de manera refleja se extienden a los de los acreedores sociales, de los

⁸⁴⁷En las sociedades anónimas privadas, que persiguen intereses privados de sus accionistas, se observa un fenómeno de intervencionismo normativo del Estado, que las somete a un *status* jurídico-público especial e imperativo que se justifica por la importancia económica general de la actividad económica que tales sociedades explotan. Por ejemplo, SA bancarias, de seguros, sociedades de inversión mobiliaria. En otras sociedades se observa un fenómeno de previsión y tutela, puesto que, aun estando presentes los intereses privados de sus socios, éstos poseen un contenido y una intensidad diversa a la que tradicionalmente corresponde a los accionistas de una SA. Así, la SA laboral, la sociedad mutua, etc. Cfr. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág.404.

⁸⁴⁸Cfr. STS (Sala 1ª) de 2 mayo 1984 (Ar. 2392). Vid. también BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág.287; GARCIA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*. cit. pág.445.

⁸⁴⁹Vid. ampliamente GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. págs.35 y siguientes.

trabajadores, de los futuros adquirentes de participaciones sociales y del mercado en general⁸⁵⁰.

La soberanía de la Junta se detiene también frente al respeto a los estatutos sociales, puesto que puede modificarlos pero no adoptar decisiones que atenten contra ellos (artículo 103 LSA). Además, la Junta no puede decidir una injusta privación de los derechos de los socios⁸⁵¹, ni crear desigualdades entre unos y otros sin respeto a las garantías que justifican la vigencia del principio mayoritario.

Por último, la Junta debe respetar el interés social, no debiendo adoptar acuerdos que lo perjudiquen en beneficio de uno o varios socios o de terceros (artículo 115 LSA).

En fin, a efectos penales cabe negar la eficacia como causa de exclusión del tipo indiciario del consentimiento expreso, aun del formalmente válido y manifestado *a priori*, por la Junta general de la sociedad cuyo patrimonio se ve afectado cuando contradiga preceptos legales o reglamentarios inderogables por la voluntad de los destinatarios o los estatutos sociales, o no respete el interés social. Con ello se trata de instrumentar un sistema eficaz para constreñir a los poderes mayoritarios en la Junta a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades, además de proteger a los acreedores y a las minorías frente a las

⁸⁵⁰Vid. *supra*. En este mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia alemana. Vid. por ejemplo la sentencia del BGH publicada en "NJW" 1981, 1793, que sostiene que el único socio gerente de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada sólo resulta amparado por un consentimiento eficaz en tanto en cuanto su actuación se mantenga "en el marco de las leyes y principios de un comerciante ordenado". Críticamente, vid. LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.21 (págs.1978 y siguiente).

⁸⁵¹Cfr. STS (Sala 1) 30 octubre 1984 (Ar. 5078). Vid. también BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. pág.287; GARCIA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*. cit. pág.444.

maniobras de la mayoría que amparen los actos de los administradores lesivos del patrimonio social.

¿Qué ocurre en el caso de un acuerdo social nulo por contravenir normas imperativas de la LSA, que autorice a los administradores a realizar determinada conducta lesiva o peligrosa para el patrimonio social?. Pensemos, por ejemplo, en un acuerdo social que reúna los requisitos formales o extrínsecos de validez, consistente en no destinar una cifra igual al diez por ciento de los beneficios del ejercicio a dotar la reserva legal, cuando el fondo de dicha reserva no ha alcanzado todavía la quinta parte del capital social⁸⁵², con el fin de repartir dicha proporción de los beneficios del ejercicio entre los socios como dividendos⁸⁵³. O en un acuerdo social de repartir dividendos entre los socios, con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas esta vez de libre disposición, pero cuando el valor del patrimonio contable resulta ser inferior al capital social⁸⁵⁴.

⁸⁵²La reserva legal grava necesariamente el beneficio líquido del ejercicio económico, estableciendo la LSA que "en todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social" (artículo 214). Se impone de esta forma una obligación legal de dotar la reserva con cargo a los beneficios, obligación que cesa cuando el fondo de reserva haya alcanzado la quinta parte del capital social, y renace tan pronto como, por cualquier causa, descienda la cuenta de reserva por debajo de ese límite. El destino de la reserva legal está, además, claramente determinado por la LSA: "la reserva legal, mientras no supere el límite indicado, sólo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin" (artículo 214).

⁸⁵³Sobre el reparto de beneficios ocultos como acción típica en la *Untreue*, vid. HELLMANN: *Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers*. cit. págs. 214 y siguientes.

⁸⁵⁴Una vez cubiertas las atenciones previstas por la LSA o los estatutos procede fijar el dividendo repartible, que puede pagarse con cargo al beneficio del ejercicio o a reservas de libre disposición, "siempre que el valor del patrimonio neto contable no sea o, a consecuencia del reparto, no resulte ser inferior al capital social"; en caso de que, por consecuencia de

Aun tratándose de un consentimiento expreso y previo no se excluye el tipo indiciario de la administración social fraudulenta, puesto que se produce una lesión o puesta en peligro del bien jurídico patrimonio social. Ahora bien, pese a que la conducta no es considerada suficientemente grave como para constituir el respectivo ilícito criminal, el consentimiento es jurídicamente inválido, por lo que hay responsabilidad civil.

7. 6. 5. 4. Relevancia del consentimiento presunto en los delitos societarios. Concepto, caracteres y ubicación sistemática.

"El consentimiento presunto supone la realización de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico penalmente protegido hubiera hecho si poseyese un conocimiento adecuado de la situación"⁸⁵⁵. Dicho juicio hipotético no toma, sin embargo, como punto de apoyo lo que hubiese decidido una voluntad racionalmente dirigida⁸⁵⁶, sino que se fundamenta en lo que hubiera decidido el titular del bien jurídico protegido.

En ocasiones, la figura del consentimiento presunto ha sido utilizada como criterio de resolución de supuestos

pérdidas de ejercicios anteriores ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, "el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas" (artículo 213. 2 LSA). Tampoco se pueden repartir beneficios mientras "no hayan sido amortizados por completo" los gastos de establecimiento o de investigación y desarrollo y el coste del fondo de comercio, adquirido a título oneroso, que figure en el activo del balance, a no ser "que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos no amortizados" (artículos 194 y 213. 2 LSA).

⁸⁵⁵COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.379.

⁸⁵⁶Como señalan COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.379.

problemáticos solventados hasta el momento atendiendo al expediente del error del sujeto activo⁸⁵⁷. Su naturaleza jurídica es confusa, discutiéndose todavía si se trata de una causa que excluye la tipicidad o únicamente la antijuridicidad o la culpabilidad del comportamiento analizado. La doctrina alemana mayoritaria lo considera causa de justificación⁸⁵⁸. Esta es también la posición mayoritaria en España⁸⁵⁹, donde un

⁸⁵⁷Cfr. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. págs.282 y 287 y siguiente. En la doctrina española, COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.380, señalan que el consentimiento presunto, en ocasiones, no tiene otro valor que el de una presunción de consentimiento con la que operará el sujeto activo, de forma que si a esa presunción corresponde un consentimiento efectivo nos movemos en el campo del consentimiento real que, según se ha visto, puede desplegar sus efectos aun cuando sea desconocido por el agente; si no es así son de aplicación las reglas del error, de forma que el consentimiento presunto no aparecería para estos autores como causa de justificación, sino de inculpaibilidad.

⁸⁵⁸Y ello aun cuando exista acuerdo también sobre que el consentimiento expreso excluye la tipicidad de la conducta. Vid. por todos DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze**. 47. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.4 (pág.193); JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.347; KREY: **Strafrecht**. BT. 2. 1993, pág.21, Rn.48; GÜNTHER: **Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss**. cit. pág.351; HIRSCH: **LK**. 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.129; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.54 (págs.491 y siguiente); ROXIN: **Über die mutmaßliche Einwilligung**. cit. págs.448 y siguiente; del mismo autor: **Política criminal y estructura del delito**. cit. págs.79 y siguiente; del mismo autor: **Strafrecht. AT. I**. 2. Aufl. 1994, cit. § 18, Rn.3 y siguientes (págs.675 y siguientes). La jurisprudencia alemana considera también el consentimiento presunto como causa de justificación. Cfr. LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.20 (pág.209).

⁸⁵⁹Cfr. entre otros, ANTON ONECA: **Derecho Penal**. 1986, cit. pág.288; BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.157; del mismo autor: **El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles**. cit. pág.119; CUELLO CALON-CAMARGO: **Derecho Penal. I. Parte General**. 1°. 1980, cit. pág.420; MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. cit. págs.457 y siguiente; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte General**. 1994, cit. págs.506 y siguientes. En contra, por diversas razones, COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. págs.379 y siguiente; y ROMEO CASABONA: **El médico y el Derecho Penal. I**. cit. pág.366; del mismo autor: **El consentimiento en las lesiones en el PCP de**

importante sector de la literatura penal reconoce significación dogmática al consentimiento presunto como causa de justificación en el ámbito de los delitos de apropiación⁸⁶⁰.

Para ROXIN, dogmáticamente el consentimiento presunto se sitúa entre el consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad y el estado de necesidad justificante, pero presenta una estructura diferente de ambos, pudiendo ser considerado, por tanto, como causa de justificación independiente⁸⁶¹.

1980. cit. pág.278.

⁸⁶⁰Vid., entre otros, CUELLO CALÓN: **Derecho Penal. T. II. Parte Especial. Vol. II.** 14ª ed. 1980, cit. pág.848; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial.** 1993, cit. pág.220; QUERALT JIMENEZ, J. J.: **Derecho penal español. Parte Especial. Vol. I.** Barcelona, 1986, pág.256; QUINTANO RIPOLLES: **Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. T. II.** 1977, cit. págs.124 y siguientes; RODRIGUEZ DEVESA: **Hurto.** cit. pág.210; SAINZ-PARDO CASANOVA: **El delito de apropiación indebida.** cit. pág.151; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial.** 1993, cit. pág.828. En contra, por todos, DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación.** cit. pág.286, quien afirma que el consentimiento presunto opera en los delitos de apropiación como causa de exclusión de la tipicidad, al igual que el consentimiento expreso.

⁸⁶¹Cfr. ROXIN: **Über die mutmaßliche Einwilligung.** cit. págs.447 y siguientes; del mismo autor: **Strafrecht. AT. I.** 2. Aufl. 1994, cit. § 18, Rn.4 y siguientes (págs.675 y siguientes). En el mismo sentido, DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze.** 47. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.4 (pág.193); HRUSCHKA: **Extrasystematische Rechtfertigungsgründe.** Festsch. für Dreher, cit. pág.202; GÜNTHER: **Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht.** cit. págs.195 y siguiente; JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. págs.347 y siguiente.

ANTON ONECA: **Derecho Penal.** 1986, cit. pág.292, invocó en su día la posibilidad de recurrir en las hipótesis de consentimiento presunto al estado de necesidad. En el mismo sentido, vid. CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español. II.** 2. 1990, cit. págs.101 y siguiente, donde afirma que la mayor parte de los ejemplos de aplicación del consentimiento presunto en la doctrina alemana "pueden resolverse en nuestro país mediante la causa de justificación del estado de necesidad... o las de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho"; del mismo autor: **La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española.** cit. pág.20. Ahora bien, con respecto a la aplicabilidad del estado de necesidad, señalan COBO/ VIVES:

Define el comportamiento de quien actúa amparándose en la existencia del consentimiento presunto como la conducta de un sujeto que ataca una esfera jurídica ajena, que supone, a diferencia del consentimiento expreso, una conducta típica pero justificada por ampararse en un juicio de probabilidad objetivamente hipotético sobre la verdadera voluntad del sujeto pasivo titular del bien jurídico penalmente protegido⁸⁶².

Para otros autores, como ARNDT, SCHMIDHÄUSER o WELZEL⁸⁶³, se trata de un subcaso del estado de necesidad justificante, lo cual critica un importante sector doctrinal⁸⁶⁴ al entender que lo que importa es la voluntad supuesta del titular del bien jurídico según aparezca en un examen objetivo de la situación, y ello incluso cuando dicha voluntad sea contraria al resultado de la ponderación de intereses.

Buena parte de la confusión existente acerca de la posición del consentimiento presunto en la teoría del delito tiene su origen en que, en la actualidad, bajo el ámbito de aplicación de este concepto se engloba una extensa serie de

Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.381, nota núm.26, que "tal posibilidad existirá en los casos que impliquen gestión de negocios ajenos y, por tanto, un conflicto entre diversos intereses del lesionado; pero carecerá de toda base en los demás supuestos". También críticamente, vid. BACIGALUPO ZAPATER: El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles. cit. págs.119 y siguientes. En este sentido, vid. asimismo HIRSCH: LK. 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.129.

⁸⁶²Cfr. ROXIN: Über die mutmaßliche Einwilligung. cit. pág.453.

⁸⁶³Cfr. ARNDT: Mutmaßliche Einwilligung. págs.67 y siguientes; SCHMIDHÄUSER, E.: Strafrecht. AT. Lehrbuch. 1975, cit. pág.317; WELZEL: Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 11. Aufl. 1969, cit. pág.92.

⁸⁶⁴Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.347, nota núm.71. También en sentido crítico, vid. por todos HIRSCH: LK. 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.129; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.54 (pág.492); ROXIN: Strafrecht. AT. I. 2. Aufl. 1994, cit. § 18, Rn.16 y siguientes (págs.681 y siguiente).

supuestos de índole diferente entre sí, reconducible en su mayor parte a dos grupos de casos⁸⁶⁵: 1º) aquel en el que el sujeto activo actúa en beneficio del titular del bien jurídico y sin interés personal; y 2º) el de los que implican una renuncia del sujeto pasivo a su interés, en favor del sujeto activo o de un tercero⁸⁶⁶. En el primer supuesto se trata de colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del titular sujeto pasivo que se resuelven mediante una intervención externa porque no puede tomarse a tiempo la decisión propia⁸⁶⁷. Este caso, según JESCHECK, se aproxima al estado de necesidad justificante, "dado que también aquí debe ponderarse si un interés supera esencialmente al otro"⁸⁶⁸. La diferencia radicaría en que todos los intereses en juego pertenecen al mismo sujeto, correspondiendo la elección, por circunstancias del hecho, a un tercero en sí no competente para ello. Ahora bien, como señala críticamente CARBONELL MATEU⁸⁶⁹, en este supuesto no basta con la simple valuación de intereses,

⁸⁶⁵Cfr. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.282. En la doctrina alemana efectúan esta distinción, entre otros, LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.19 (pág.209); JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.347 y siguiente; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.55 (pág.492); SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. I. AT**. 6. Aufl. 1993, cit. Vor § 32, Rn.81 y siguientes; TIEDEMANN: **Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder**. "JuS" 1970, pág.109.

⁸⁶⁶Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.347 y siguiente. La aplicación del consentimiento presunto en este segundo grupo de casos no es pacífica en la doctrina alemana. A favor, vid. por todos ROXIN: **Über die mutmaßliche Einwilligung**. cit. págs.449 y siguientes. En contra, entre otros, vid. SCHMIDHÄUSER: **Strafrecht. AT. Lehrbuch**. 1975, cit. pág.318.

⁸⁶⁷Como señala BACIGALUPO ZAPATER: **El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles**. cit. pág.121, se trata de casos en los que el autor asume el riesgo de resolver el conflicto de los intereses del afectado según la hipotética voluntad de éste.

⁸⁶⁸JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.347.

⁸⁶⁹Cfr. CARBONELL MATEU: **La justificación penal**. cit. pág.52

"sino que será necesario acudir a la suplantación de la voluntad del titular de ambos intereses". Estos casos no se pueden resolver por la vía del estado de necesidad⁸⁷⁰.

En el segundo supuesto se requiere del sujeto la renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero. En esta situación, como señala JESCHECK, "la presunción de que el titular está de acuerdo descansa en su escaso interés respecto a la conservación del bien correspondiente, o en razones especiales concernientes a la persona del implicado"⁸⁷¹. En la doctrina se discrepa respecto de la eficacia justificante del consentimiento presunto cuando éste opere en favor del autor o de un tercero, y no en favor del titular del bien jurídico⁸⁷². En lo que a este estudio se refiere interesa únicamente el primer supuesto, puesto que estamos analizando las conductas de los administradores que lesionan o ponen en peligro el patrimonio social, esto es, conductas de gestión de negocios ajenos.

El efecto justificante del consentimiento presunto se apoya en la combinación de tres puntos de vista: de una parte, la ponderación de intereses debe realizarse desde la posición del sujeto pasivo; de otro, ha de procederse a una suposición objetiva acerca de la decisión que hubiera cabido esperar, si aquel hubiese conocido la situación; y finalmente, debe tenerse en cuenta la idea del riesgo permitido, de lo que se desprende

⁸⁷⁰Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: **El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles**. cit. pág.121.

⁸⁷¹JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.348. De nuevo en sentido crítico, vid. CARBONELL MATEU: **La justificación penal**. cit. págs.52 y siguiente, quien señala que "será necesario, para que la conducta esté justificada, presumir que el destinatario consentiría. Y eso... nada tiene que ver con la valuación de intereses".

⁸⁷²Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.157; ROXIN: **Strafrecht**. AT. I. 2. Aufl. 1994, cit. § 18, Rn.15 y siguientes (págs.680 y siguientes).

el deber de efectuar un examen escrupuloso⁸⁷³.

Destaca la doctrina alemana la imposibilidad de apreciar el consentimiento presunto cuando se constata que presumiblemente el titular hubiera denegado o desautorizado el comportamiento del sujeto activo. Y ello puesto que la admisibilidad del consentimiento presunto depende, en primer lugar, de la imposibilidad de obtener un consentimiento expreso⁸⁷⁴, y en segundo término, de la probabilidad objetiva del consentimiento en caso de haber podido ser recabado⁸⁷⁵.

En efecto, la doctrina señala que el consentimiento presunto sólo puede entrar en juego cuando no es posible conocer a tiempo la decisión real del sujeto pasivo, o bien no puede esperarse a que sea emitida sin peligro para sus intereses⁸⁷⁶. Los supuestos en los que el administrador actúa antes de conocer la verdadera decisión del sujeto pasivo sociedad por temor a que el consentimiento sea denegado en caso de ser solicitado, carecen de relevancia a la hora de alegar

⁸⁷³Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.348; LENCKNER: Die Rechtsfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung. Festsch. für H. Mayer zum 70. Geburtstag. Berlin, 1966, pág.181; ROXIN: Über die mutmaßliche Einwilligung. cit. pág.453.

⁸⁷⁴Cfr. HIRSCH: LK. 11. Aufl. 1994, cit. Vor § 32, Rn.136; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.54 (pág.492); ROXIN: Strafrecht. AT. I. 2. Aufl. 1994, cit. § 18, Rn.10 (págs.678 y siguiente).

⁸⁷⁵Cfr. CASAS BARQUERO: El consentimiento en el Derecho penal. cit. págs.102 y siguiente; JORGE BARREIRO, A.: La relevancia jurídico penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. "CPC" 1982, pág.21.

⁸⁷⁶Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: Principios de Derecho penal. Parte general. 3. ed. 1994, cit. pág.157; LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.21 (págs.209 y siguiente); ROXIN: Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien. Festsch. für H. Welzel, cit. págs.447-461; del mismo autor: Strafrecht. AT. I. 2. Aufl. 1994, cit. § 18, Rn.10 (págs.678 y siguiente); SAMSON: Zur Strafbarkeit der klinischen Arzneimittelprüfung. "NJW" 1978, cit. pág.1182, con ulteriores comentarios.

la presunción del consentimiento⁸⁷⁷. Y ello puesto que el consentimiento presunto no es sino un complemento del consentimiento expreso: la presunción que se halla en su base es precisamente la dirigida al conocimiento de la voluntad real del titular del bien jurídico penalmente protegido⁸⁷⁸, de manera que sólo aquella presunción sobre la voluntad del sujeto pasivo basada en criterios objetivos previamente establecidos goza de eficacia eximente, aun cuando posteriormente se demuestre que la voluntad real del titular era otra⁸⁷⁹.

El baremo de la objetividad tiene un significado puramente indiciario que se destruye por la existencia de evidencias que apoyen una voluntad opuesta del titular⁸⁸⁰. La predicción o presunción acerca de la voluntad del titular puede resultar errónea, lo que sucederá cuando de hecho el titular no hubiera consentido la actuación del sujeto activo de haberla conocido de antemano. Ahora bien, ello es irrelevante puesto que "lo definitivo es la presunción que de modo objetivo pudiera realizarse ex ante atendiendo a las circunstancias objetivamente existentes, a los datos conocidos por el sujeto activo"⁸⁸¹. El hecho estará justificado aun cuando la

⁸⁷⁷Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.283.

⁸⁷⁸Cfr. DIEZ RIPOLLES: *Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis del Código penal*. cit. págs.232 y siguiente.

⁸⁷⁹Es doctrina dominante en Alemania. Vid., por todos, ROXIN: *Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten*. en *Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag*. Berlin, 1966, pág.470; SAX, W.: *Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut*. en *Festschrift für F. Laufke zum 70. Geburtstag*. Würzburg, 1971, págs.323 y siguiente.

⁸⁸⁰Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. Vor § 32, Rn.21 (págs.209 y siguiente); y la bibliografía que menciona.

⁸⁸¹DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.287. En el mismo sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.157; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.*

presunción, a pesar de la cuidadosa comprobación objetiva, se revele como errónea a posteriori. En tal caso, la justificación descansa en el concepto de riesgo permitido⁸⁸².

Se señala en la doctrina, como hemos visto, que el criterio para determinar cuándo estamos realmente ante un consentimiento presunto y cuándo ante una actuación prescindiendo de la voluntad del titular, deseando quizás su complacencia, "es el del juicio objetivo que emitiría un observador imparcial con los conocimientos del sujeto activo sobre la efectiva voluntad del sujeto pasivo del posible delito. Y sólo si del juicio de ese observador imparcial se dedujera que esta voluntad era acorde con el comportamiento que el sujeto activo lleva a cabo, cabría hablar de una conducta conforme a derecho"⁸⁸³. Este juicio objetivo ha de basarse en diferentes criterios entre los cuales la doctrina⁸⁸⁴, en relación a los delitos contra la propiedad y el patrimonio, menciona la relación que exista entre los sujetos activo y pasivo y la costumbre o práctica diaria del concreto ámbito de actividad en el que se desarrolla la conducta del sujeto activo. También constituyen elementos de ponderación el criterio del riesgo permitido, que permite determinar hasta dónde se puede llegar sin un consentimiento expreso, y el del

24: Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.58 (pág.493).

⁸⁸²Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.349. Sobre los autores que conectan este supuesto con el riesgo permitido, vid. por todos LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.58 (pág.493); PREuß, W.: **Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht**. Berlin, 1974, págs.22 y siguientes, notas núms.4 y siguientes.

⁸⁸³DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.283.

⁸⁸⁴Cfr. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. págs.283 y siguiente.

perjuicio efectivamente irrogado al sujeto pasivo⁸⁸⁵.

La idea del riesgo permitido entra en juego en el consentimiento presunto cuando no coinciden la voluntad real y la presunta.

El riesgo permitido no es una causa de justificación autónoma⁸⁸⁶. Con este concepto sólo se expresa que en determinadas condiciones se permiten las acciones arriesgadas, incluso con dolo eventual de lesión para un bien jurídico⁸⁸⁷; los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno⁸⁸⁸. El riesgo permitido posibilita la protección de ciertos intereses mediante acciones que se realizan en una situación objetivamente incierta, corriendo el riesgo de que el bien jurídico protegido, y también merecedor en sí de protección, resulte lesionado por la acción, si en definitiva no se confirman los presupuestos estimados en su

⁸⁸⁵Cfr. DE LA MATA BARRANCO: **Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación**. cit. pág.287. Vid. también LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.20 (págs.1977 y siguiente).

⁸⁸⁶Cfr. LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.100 y siguientes (págs.509 y siguiente); JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.361, cambiando de opinión con respecto a la ed. anterior; MAURACH/ ZIPF: **Strafrecht. AT.** 1. 8. Aufl. 1992, cit. § 28, III, Rn.20 y siguientes. En contra, por todos, HARDT: **Grenzen zulässiger Interessenwahrnehmung unter dem Punkt des erlaubten Risikos. Eine dogmatische Untersuchung zu § 193 StGB**. Tesis doctoral, Hamburg, 1967, págs.46 y siguientes; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: **Syst. Komm. I. AT.** 6. Aufl. 1993, cit. Vor § 32, Rn.86.

⁸⁸⁷Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.361; MAIWALD: **Zur Leistungsfähigkeit des Begriffes "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik**. Festsch. für H. Jescheck. I. Berlin, 1985, págs.424 y siguiente. Sobre el tratamiento penal de la creación dolosa de un riesgo permitido, vid. ampliamente MARTINEZ ESCAMILLA: **La imputación objetiva del resultado**. cit. págs.155 y siguientes.

⁸⁸⁸JAKOBS: **La imputación objetiva en Derecho penal**. cit. pág.42.

momento a través de una cuidadosa comprobación⁸⁸⁹. Y es que riesgo permitido "es aquel que acompaña a un comportamiento realizado observando las reglas establecidas con el fin de mantener la peligrosidad de la acción dentro de un determinado nivel"⁸⁹⁰. En consecuencia, se ha de comprobar que el autor actuó después de realizar el debido examen de todas las circunstancias concurrentes⁸⁹¹.

De esta forma, en fin, el proceso que permitirá afirmar que la presunción del sujeto activo está adecuadamente avalada habrá de desarrollarse del modo siguiente, según DE LA MATA BARRANCO⁸⁹²: "1º ponderar, desde la perspectiva del lesionado, los intereses que entran en juego; 2º determinar objetivamente cuál podría ser la declaración de voluntad que se pudiera esperar de aquél; y 3º atender al denominado criterio del "riesgo permitido" para ver hasta dónde se puede llegar sin un consentimiento expreso". Se ha de indagar no tanto cómo habría debido comportarse el titular, sino como se habría comportado realmente en esa situación, criterio que junto con otros, como la ponderación de intereses y el riesgo permitido, son los que determinan la existencia del consentimiento presunto⁸⁹³.

⁸⁸⁹Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.361; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor § 32, Rn.11 (pág.475) y Rn.19 (pág.478).

⁸⁹⁰MARTINEZ ESCAMILLA: *La imputación objetiva del resultado*. cit. pág.135.

⁸⁹¹Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.422; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 17, Rn.17 (pág.124); LENCKNER: *Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung*. cit. pág.165; ROXIN: *Über die mutmaßliche Einwilligung*. cit. pág.458. En otro sentido, BOTTKE, W.: *Wege der Strafrechtsdogmatik*. "JA" 1980, págs.93 y siguiente.

⁸⁹²DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.287. Sustancialmente semejante, vid. CASAS BARQUERO: *El consentimiento en el Derecho penal*. cit. págs.102 y siguientes.

⁸⁹³Cfr. CASAS BARQUERO: *El consentimiento en el Derecho penal*. cit. págs.105 y siguiente.

Cumplidos estos requisitos, es irrelevante que la presunción se manifieste como errónea, y que de hecho el titular no hubiera consentido la actuación del sujeto activo de haberla conocido de antemano⁸⁹⁴. Lo definitivo es la presunción realizada objetivamente ex ante, atendiendo a las circunstancias objetivamente existentes y a los datos conocidos por el sujeto activo⁸⁹⁵.

7. 6. 5. 5. Especial referencia a los negocios de riesgo.

Particular tratamiento merecen en este estudio los negocios de riesgo⁸⁹⁶. Ya el mismo concepto de "negocio de riesgo" (*Risikogeschäft*) es problemático, ofreciendo los autores diversas definiciones que no contribuyen a dar mayor claridad al tema⁸⁹⁷. Debemos partir de que no existe una definición legal del negocio de riesgo, expresión descriptiva que alude simplemente a una serie de casos merecedores de un

⁸⁹⁴Cfr. por todos LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. Vor §§ 32 ff. Rn.58 (pág.493).

⁸⁹⁵Cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.287. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.566 y siguientes.

⁸⁹⁶Vid. en general DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.25 (pág.1360); LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.7 (pág.1125); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.20, págs.1977 y siguiente, y Rn.45; MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT*. 1988, cit. págs.506 y siguiente, Rn.44 y siguientes. En especial sobre los negocios de riesgo, vid. BRINGEWAT: *Finanzmanipulation im Ligafußball- ein Risikogeschäft?*. cit. págs.667 y siguientes; HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. págs.161 y siguientes; KUHLEN: *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*. cit. págs.347 y siguientes.

⁸⁹⁷Vid. una panorámica general de las definiciones ofrecidas hasta 1981 en HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. págs.162 y siguiente.

tratamiento jurídico unitario⁸⁹⁸.

HILLENKAMP define el negocio de riesgo como "disposición negocial que puede ser un desacierto"⁸⁹⁹, criticando la doctrina la excesiva extensión de esta definición, puesto que siempre existe la posibilidad de que se malogren las disposiciones negociales: la posibilidad de que la decisión que se tomé sea desacierto es una característica de toda decisión, y no sólo de los negocios de riesgo⁹⁰⁰. Por su parte, PRIES trata de concretar la característica del desacierto, señalando que existe un negocio de riesgo cuando se cambia una expectativa de ganancias relativamente segura por otra que conlleva un riesgo o un mayor riesgo de pérdidas⁹⁰¹.

La toma de una decisión arriesgada, por sí sola, no implica una conducta punible toda vez que el riesgo, dentro de ciertos límites, es consustancial al mundo de los negocios⁹⁰². Un comerciante que no se atreve a tomar en situaciones especiales decisiones especiales no es más que un burócrata⁹⁰³. Ahora bien, si y hasta qué punto el administrador de una sociedad mercantil puede exponer el

⁸⁹⁸Cfr. NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág.563.

⁸⁹⁹HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.165.

⁹⁰⁰Cfr. LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.20 (pág.1977).

⁹⁰¹PRIES: *Aktienrechtliche Untreue*. cit. pág.36: "daß der Gewinnerwartung wegen relativ sichere Vermögenswerte gegen unsicherere eingetauscht werden, die mit dem Risiko oder einem höheren Risiko des Verlustes behaftet sind".

⁹⁰²Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.279; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.20 (pág.1977); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT.* 1. 1988, cit. pág.506, Rn.44 y siguiente.

⁹⁰³Cfr. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT.* 1. 1988, cit. pág.506, Rn.44.

patrimonio social a un determinado riesgo negocial se ha de determinar a partir de la relación interna, esto es, de la forma y el contenido de las instrucciones recibidas⁹⁰⁴.

En la realización de un negocio de riesgo se pueden dar dos situaciones fundamentales: a) el sujeto activo se encuentra expresamente facultado por el titular del patrimonio afectado para la realización de negocios de riesgo en virtud de órdenes especiales; y b) el sujeto activo no ha recibido instrucciones específicas con respecto a la asunción de riesgos en la administración del patrimonio que le ha sido confiado⁹⁰⁵.

En el primer caso, el comportamiento arriesgado del administrador no será punible en gran parte de los supuestos, por muy peligrosa que sea la conducta para el patrimonio, ya que resulta amparada por la voluntad expresa del titular del bien jurídico penalmente protegido⁹⁰⁶. Entra en juego el consentimiento del titular como causa de atipicidad de la conducta. Si el titular del patrimonio afectado por el negocio de riesgo consiente, el autor puede malgastar el patrimonio que

⁹⁰⁴Cfr. LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991; cit. § 266, Rn.20 (pág.1977), con ulteriores indicaciones bibliográficas; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* II. BT. 5. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.17. Vid. también DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.25 (pág.1360); HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.165; HÜBNER: *LK.* 11. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.84; LABSCH: *Grundprobleme des Mißbrauchstatbestands der Untreue*. cit. pág.414; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.3b.

⁹⁰⁵Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.279. Vid. especialmente HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.161; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. págs.506 y siguiente, Rn.45.

⁹⁰⁶Cfr. HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.165; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.363, nota núm.14; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* II. BT. 5. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.39. Vid. también MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.279 y siguiente.

le ha sido confiado en el más desatinado negocio especulativo, sin que por ello deba responder penalmente⁹⁰⁷. Se tratará meramente de la causación de un autoperjuicio por el sujeto pasivo⁹⁰⁸.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que el titular del patrimonio no siempre está facultado para autorizar libremente operaciones de riesgo⁹⁰⁹. Se ha de tratar en todo caso de riesgos jurídicamente no prohibidos⁹¹⁰, esto es, de riesgos permitidos. Y es que existen limitaciones legales a la asunción de riesgos por las sociedades mercantiles, como por ejemplo sucede en la política de créditos que pueden conceder las instituciones bancarias⁹¹¹. Corresponde entonces preguntarse si debe ser sancionado penalmente el administrador que actúa tras haber sido autorizado por la sociedad mercantil, por la

⁹⁰⁷Cfr. HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.165; MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.507, Rn.46.

⁹⁰⁸Cfr. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.507, Rn.46.

⁹⁰⁹Cfr. HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.168, desde el punto de vista de los límites del consentimiento (*Einverständnis*) que excluye la tipicidad. Vid. también NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. págs.567 y siguientes. Entran en juego aquí las limitaciones a la eficacia del consentimiento prestado por la Junta general derivadas de la ley, los estatutos sociales y los deberes de lealtad y diligencia que afectan a los administradores.

⁹¹⁰Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.7 (pág.1125); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.20 (pág.1978). Vid. en el mismo sentido NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág.570.

⁹¹¹Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.280, nota núm.41. En torno a la concesión abusiva de crédito en la actividad bancaria y a los negocios especulativos de altos funcionarios de la Banca; vid. por todos GALLANDI: *Die strafrechtliche Haftung von Bankverantwortlichen*. cit. pág.295; NACK: *Untreue im Bankbereich durch Vergabe von Großkrediten*. cit. pág.1599; OTTO, H.: *Bankentätigkeit und Strafrecht*. Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1983, págs.68 y siguientes.

Junta general del Banco, a sobrepasar esos límites legales: ¿tiene alguna eficacia eximente en estas condiciones el consentimiento expreso del sujeto pasivo?

Creo que no. El consentimiento expreso del sujeto pasivo sociedad mercantil sólo es eficaz en tanto sea admisible por el Derecho de sociedades para la estabilidad del patrimonio social y no se ponga en peligro la existencia de la persona jurídica social⁹¹². Un sector doctrinal afirma no obstante que no puede aceptarse esta interpretación: si se sostiene que los delitos societarios son delitos contra el patrimonio, y el patrimonio es un bien jurídico completamente disponible por su titular, el consentimiento expreso de éste supone sin más límites la atipicidad del comportamiento; para estos autores, admitir limitaciones al consentimiento expreso del titular supondría consecuentemente admitir en los delitos societarios se protegen otros bienes jurídicos además del patrimonio⁹¹³.

Como vemos, el problema planteado en este caso por los negocios de riesgo no es tanto un problema vinculado al elemento típico del perjuicio, como se ha creído en ciertos

⁹¹²Es doctrina mayoritaria en Alemania. Cfr. HELLMANN: Verdeckte Gewinnausschüttung und Untreue des GmbH-Geschäftsführers. cit. pág.214; KOHLMANN: Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter?. cit. págs.387 y siguientes; LACKNER: StGB mit Erläuterungen. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.20 (págs.1130 y siguiente); LIPPS, W.: Nochmals- Verdeckte Gewinnausschüttung bei der GmbH als strafrechtliche Untreue?. "NJW" 1989, pág.502; NELLES: Untreue zum Nachteil von Gesellschaften. cit. págs.229 y 553. Vid. también, ya en principio REISS: Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einnahmen als strafbare Untreue des Geschäftsführers?. cit. pág.81.

⁹¹³Cfr. LABSCH: Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers. cit. pág.118; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.40 (pág.102).

momentos⁹¹⁴, o ligado al deber de fidelidad⁹¹⁵; en mi opinión se trata de un problema de límites de la eficacia del consentimiento expreso.

En caso de que no se infrinjan limitaciones legales de ningún tipo, el consentimiento expreso de la sociedad mercantil opera como causa de exclusión del tipo objetivo⁹¹⁶.

En el segundo caso, lo normal es que el deber de diligencia se fundamente ya en la ley, que ofrece pautas para delimitar las hipótesis de actuación arriesgada irregular atendiendo a la diligencia habitual en el ámbito comercial en el que se sitúa el negocio de riesgo. Este es el caso del administrador de sociedades mercantiles. Ahora bien, la regulación legal del deber de diligencia de los administradores

⁹¹⁴Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (págs.1130 y siguiente); MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.507, Rn.46. Sobre la posición de la jurisprudencia histórica alemana, vid. NELLES: *Untreue zum Nachteil zum Gesellschaften*. cit. págs.564 y siguiente, quien pone de relieve cómo la afirmación de que el peligro para el patrimonio constituía ya un perjuicio en el sentido de la *Untreue* permitía encajar típicamente el negocio de riesgo en este tipo delictivo, razón por la cual la tentativa jurisprudencial de limitar penalmente el alcance del negocio de riesgo se centró en una interpretación restrictiva del concepto de perjuicio.

⁹¹⁵En este sentido se han manifestado, entre otros, DREHER/ TRÖNDLE: *StGB mit Nebengesetze*. cit. § 266, Rn.25; HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. págs.162 y siguientes; HÜBNER: *LK*. cit. § 266, Rn.86; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.20 (pág.1977).

⁹¹⁶Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.280. Vid. en Alemania, por todos, BRINGEWAT: *Finanzmanipulation im Ligafußball- ein Risikogeschäft?*. cit. pág.669; HÜBNER: *LK*. 11. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.86; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.363, nota núm.14; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.20 (págs.1130 y siguiente); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.20 (págs.1977 y siguiente); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.507, Rn.47; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.17.

se caracteriza precisamente por su inconcreción, por la generalidad de sus postulados, lo cual, aunque inevitable⁹¹⁷, dificulta en cierta medida su aplicabilidad⁹¹⁸.

Como señala MARTINEZ PEREZ⁹¹⁹, "el principio del riesgo permitido podría, en su caso, inspirar la aplicación de la causa de justificación del consentimiento presunto en los supuestos de ausencia de un acuerdo expreso con el titular del patrimonio", siempre que el sujeto activo haya actuado presuponiendo fundadamente una voluntad en tal sentido del titular del patrimonio⁹²⁰, y se haya mantenido dentro de los límites de actuación de un ordenado comerciante y de un representante leal.

La presunción fundada de la voluntad del titular del patrimonio se ha de basar también en lo que hubiera hecho un ordenado comerciante⁹²¹.

⁹¹⁷Sobre las dificultades de definir los deberes de los administradores frente a los accionistas desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, vid. ampliamente ALFARO AGUILA-REAL: *Interés social y derecho de suscripción preferente*. cit. págs.22 y siguientes.

⁹¹⁸Cfr. NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág.572.

⁹¹⁹MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.280. Vid. también HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. págs.165 y siguientes; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.363, nota núm.14; y NELLES: *Untreue zum Nachteil der Gesellschaften*. cit. págs.566 y siguiente, con ulteriores indicaciones doctrinales y jurisprudenciales en lengua alemana.

⁹²⁰Cfr. MAURACH/ SCHROEDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1. 1988, cit. pág.507, Rn.46. HILLENKAMP: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. pág.167, introduce aquí el concepto de "política de riesgo presuntamente consentida" (*mutmaßlich konsentierten Risikopolitik*), y supone que el titular del patrimonio cuenta con el cuidado de un ordenado comerciante.

⁹²¹Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.25 (pág.1360); HÜBNER: *LK*. 11. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.84; NELLES: *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*. cit. pág.571; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON:

En todo caso, es erróneo juzgar por el éxito ex post del negocio de riesgo su ilicitud⁹²².

7. 7. LA CULPABILIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL ERROR DE PROHIBICION.

7. 7. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

En la actualidad constituye un lugar común requerir para la existencia del delito que el sujeto activo sepa o pueda saber que su hecho está prohibido por la ley, esto es, el conocimiento o su posibilidad de la antijuridicidad del hecho⁹²³. Cuando falta tal conocimiento se habla de error de prohibición⁹²⁴.

Las causas de inimputabilidad o de exclusión de la capacidad de culpabilidad tienen su fundamento, según la opinión mayoritaria, en la incapacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento⁹²⁵. En el caso del error de prohibición sólo

Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.17.

⁹²²Cfr. HÜBNER: LK. 11. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.84; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: Syst. Komm. II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.17.

⁹²³Cfr. por todos FIANDACA/ MUSCO: Diritto penale. Parte generale. 1989, cit. pág.294.

⁹²⁴Cfr. MAURACH/ ZIPF: Derecho penal. Parte general. 1. Trad. de la 7. ed. alemana, 1995, § 37, I, Rn.1 (págs.642 y siguiente); MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. lección 24. I.

⁹²⁵Vid. CEREZO MIR: La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española. cit. pág.21; CORDOBA RODA en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: Comentarios al Código Penal. I. 1972, cit. págs.207 y siguientes, y 232 y siguientes; COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte

juega un papel el lado intelectual del concepto de culpabilidad⁹²⁶.

Ya hemos tenido ocasión de poner de relieve cómo la categoría del error se ha convertido en uno de los temas más complejos de la actual dogmática jurídica. De forma especial cabe señalar que en la polémica acerca del tratamiento del error vencible de prohibición en el ámbito del Derecho penal económico no tiene lugar únicamente un debate entre dos concepciones sistemáticas del injusto sino, ante todo, una discusión ideológica y de política criminal acerca de los límites de la intervención penal en la protección de los bienes jurídicos propios de este específico sector del Derecho penal⁹²⁷.

También advertíamos al hilo del estudio del error de tipo que en el Derecho penal económico español rige la misma regulación de los efectos derivados de cada clase de error que en el Derecho penal común, por lo que también aquí se prescindirá de una exposición detallada de los mismos, centrándonos únicamente en los aspectos problemáticos que plantea el tratamiento del error de cara al tema que nos ocupa.

7. 7. 2. EL ERROR DE PROHIBICION. ESPECIAL REFERENCIA A SUS EFECTOS EN EL DERECHO PENAL ECONOMICO.

La regulación legal expresa del error de prohibición,

General. 1991, cit. pág.432.

⁹²⁶Cfr. HIRSCH: La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana. cit. pág.43.

⁹²⁷Cfr. ARROYO ZAPATERO: El Derecho penal económico en la RFA. cit. pág.111; AUGER LINAN: Delitos bursátiles. cit. pág.230.

introducida por primera vez en España por el artículo 6 bis a) del Código penal, es superficialmente alterada en la redacción del artículo 14. 2 del PCP de 1994⁹²⁸.

Ya hemos visto que la opción del pre-legislador de 1994 por un sistema de *numerus clausus* de delitos imprudentes sólo tiene importancia práctica en los casos de error encuadrable en el párrafo segundo del actual artículo 6 bis a) (o en el párrafo primero del artículo 14 del PCP de 1994), es decir, en los casos de error vencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena (o que fundamente una agravación de la pena, en la redacción del PCP de 1994), pues sólo en estos casos se produce la conversión de la infracción en imprudente, y por tanto impune en el sistema de delitos societarios únicamente comisibles a título de dolo que se adopta. No así, en cambio, en los casos de error encuadrable en el párrafo tercero del mismo artículo 6 bis a) (párrafo segundo del artículo 14 del PCP 1994), es decir, en los casos de creencia errónea vencible de estar obrando lícitamente, pues aquí sólo procede rebajar la pena asignada

⁹²⁸Artículo 14: "2. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

en el marco penal del tipo legal correspondiente⁹²⁹.

Fue precisamente la expresa previsión del error sobre la prohibición la novedad más significativa que aportó en su día el artículo 6 bis a)⁹³⁰. En efecto, aunque la trascendencia y los efectos del error sobre el tipo se hallaban reconocidos unánimemente por doctrina y jurisprudencia pese al silencio legal, distinta ha sido la historia del error sobre la prohibición, al que en un principio no se concedía eficacia eximente ni atenuante alguna. La doctrina fue paso a paso admitiendo su eficacia, y en los años que precedieron a la Reforma de 1983 también la jurisprudencia acogió esta evolución⁹³¹, de forma que hoy se admite unánimemente que el conocimiento de la antijuridicidad constituye un elemento imprescindible para formular el pleno reproche de la culpabilidad.

Ahora bien, el artículo 6 bis a) no bastó para zanjar las disputas doctrinales entre los partidarios de la teoría del

⁹²⁹Cfr. GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.490; MUÑOZ CONDE: *El error en el delito de defraudación tributaria*. cit. pág.382. Vid. *supra* el artículo 14 del PCP de 1994, que establece en caso de error vencible de prohibición una rebaja de la pena en uno o dos grados. Como repetidamente ha puesto de manifiesto CEREZO MIR, la fórmula del error vencible de prohibición del actual artículo 6 bis a) prosperó frente a otras en que se introducía claramente la teoría del dolo, precisamente en virtud de una enmienda defendida por él en la Comisión General de Codificación utilizando el argumento, que convenció a la mayor parte de sus miembros, de la impunidad a que se llegaría en el ámbito del error vencible de prohibición a consecuencia de haberse adoptado en el PCP de 1980 el régimen de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos. Cfr. CEREZO MIR: *La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios*. cit. págs.278 y siguiente.

⁹³⁰Cfr. por todos, MIR PUIG: *Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983*. cit. pág.46.

⁹³¹Vid. GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España* (y II). cit. marginales 366 y siguiente, y la bibliografía allí mencionada.

dolo y los de la teoría de la culpabilidad, que en buena parte no son decididas por la nueva regulación⁹³².

Conviene resaltar el hecho de que tanto unos como otros⁹³³ han manifestado su inquietud ante las consecuencias de la regulación del error vencible sobre la prohibición⁹³⁴ en

⁹³²Cfr. QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES/ MUÑOZ CONDE: La reforma penal de 1983. cit. págs.53 y siguientes. De la misma opinión, vid., por todos, MIR PUIG: Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983. cit. pág.47; del mismo autor: El error como causa de exclusión del injusto y/ o de la culpabilidad en el Derecho Penal español. cit. págs.147 y siguiente; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARAN: Derecho Penal. Parte General. 1993, cit. págs.346 y siguiente. Ello no obstante, la abundante doctrina dedicada a comentar este precepto ha considerado en su mayoría que se acoge la teoría de la culpabilidad, sobre la base de entender que la pena señalada para el error vencible de prohibición (con remisión a la atenuación prevista para las eximentes incompletas en el artículo 66) es una pena atenuada del delito doloso y no una pena señalada para la existencia de imprudencia. Vid., entre otros, CEREZO MIR: La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española. cit. pág.23; GRACIA MARTIN: Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II). cit. marginales 367 y siguientes; HUERTA TOCILDO: El error vencible de prohibición en el PLOCP de 1980. cit. págs.35 y siguientes; ROMEO CASABONA: El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980. cit. págs.741 y siguientes; ZUGALDIA ESPINAR: El tratamiento jurídicopenal del error en el artículo 20 del PLOCP español de 1980. cit. págs.514 y siguiente. En contra, vid., por todos, COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.514; RODRIGUEZ MOURULLO: Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español. cit. pág.25.

⁹³³Vid. ampliamente ARROYO ZAPATERO: El Derecho penal económico en la RFA. cit. págs.109 y siguientes; COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. págs.511 y siguiente. Entre otros, TORIO LOPEZ: El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. cit. pág.247, considera que una punición general del error de prohibición vencible, aun con la pena atenuada del delito doloso, es político-criminalmente improcedente y conduce a una excesiva extensión de la punibilidad. Del mismo autor: Tipo, error de tipo, y de prohibición. Reformas penales en el mundo de hoy. Madrid, 1984, págs.111 y siguientes.

⁹³⁴Sobre la vencibilidad en el error de prohibición, vid. ampliamente, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la

el Derecho penal especial en general y, más particularmente, en el penal económico³⁵. Es precisamente en el ámbito del Derecho penal económico donde se alzan más voces favorables a considerar necesario el conocimiento del significado jurídico del hecho para el dolo típico, o que defienden aquí la igualdad de tratamiento del error de tipo y del error de prohibición, según los clásicos postulados de la teoría del dolo, al observar la doctrina que conocer el sentido social del hecho no supone aquí conocer su significado jurídico, no sólo porque se produzca el desconocimiento de la ley, sino en muchas ocasiones por la propia ambigüedad de la ley o por su excesiva

prohibición. cit. págs.83 y siguientes; GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. págs.487 y siguientes.

Señala JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.414 y siguiente, que el error de prohibición será vencible cuando del dolo del tipo se deriva el deber de información del sujeto activo, "siempre que se trate de un supuesto fáctico para el que existan, según la experiencia, disposiciones penales... Esto es válido, sobre todo, en cuanto al ámbito profesional del autor".

³⁵Cfr. ARROYO ZAPATERO: **El Derecho penal económico en la RFA**. cit. págs.109 y siguiente. En Alemania, y a la vista de la legislación positiva, la doctrina mayoritaria considera que la creencia errónea de actuar conforme a Derecho no excluye el dolo. En caso de error evitable sólo se prevé una atenuación facultativa de la pena prevista para el delito doloso. Vid. párrafos 16 y 17 StGB, que plasman en el sector penal del Ordenamiento jurídico alemán la teoría de la culpabilidad. Cfr. DREHER/ TRÖNDLE: **StGB mit Nebengesetze**. 47. Aufl. 1995, § 17, Rn.7 y siguientes (págs.115 y siguiente); LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. § 15, Rn.34 (págs.105 y siguiente), y § 17, Rn.1 (pág.118). Afirma JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.417, que, en vista de la notable diferencia en el contenido de la culpabilidad entre la comisión del hecho con plena conciencia del injusto y la realización con error vencible de prohibición, debería hacerse uso, como regla general, de la posibilidad de atenuar la pena.

La opción adoptada por el legislador alemán comporta una más amplia intervención del Derecho penal en los comportamientos económicos antijurídicos que con la teoría del dolo, puesto que permite castigar mayor número de conductas y con pena más elevada. Cfr., entre otros, AUGER LIÑAN: **Delitos bursátiles**. cit. pág.229. En efecto, con la teoría del dolo se sancionan las conductas de error vencible sobre la prohibición únicamente si existe tipificación de la comisión imprudente.

lejanía respecto a la interpretación jurisprudencial⁹³⁶.

En efecto, el error sobre la prohibición es un error sobre la significación antijurídica del hecho, de modo que el sujeto realiza la conducta típica conociéndola correctamente pero cree equivocadamente que su conducta no está prohibida por el Derecho (por desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción, o por una apreciación errónea del alcance de la norma), o bien cree que en el supuesto particular la conducta queda justificada a pesar de ser, en general, contraria al Derecho. Así, el error de prohibición se puede derivar del desconocimiento de la norma penal en sí, de su vigencia y de la existencia o límites de una causa de justificación⁹³⁷. Se ha observado que el sector penal del Ordenamiento jurídico está dispuesto a conceder relevancia al error sobre la prohibición si se refiere a normas "artificiales" o éticamente indiferentes, pero que esta inclinación es menor cuando el error se refiere a normas que

⁹³⁶Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. págs.208 y siguiente. Señala por su parte MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. pág.280, que en un mundo tan tecnificado y complejo como es el de las actividades económicas "es muy probable que a veces se actúe con desconocimiento de la intrincada normativa jurídica extrapenal que lo regula... La complejidad técnica y la indeterminación de la normas que regulan la actividad económica y sobre todo la intervención del Estado en la economía es una de sus principales características, pero también su principal defecto. Y por ello es lógico que esta complejidad se intente compensar desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma".

⁹³⁷Cfr., por todos, BACIGALUPO ZAPATER: Error sobre los elementos del tipo y error sobre la antijuridicidad o la prohibición. cit. págs.78 y siguiente; COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.496; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho Penal. Parte General. 1986, cit. pág.312. En Alemania, por todos, FRISCH: El error como causa de exclusión del injusto y/ o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán. cit. pág.177.

constituyen el núcleo de la sociedad⁹³⁸, en las cuales el significado social de la conducta implica su significado jurídico: la antijuridicidad del homicidio, por ejemplo, está bien asimilada en la conciencia social, mientras que el Derecho penal económico se caracteriza por la existencia de delitos creados por el legislador sin que hayan penetrado todavía en la valoración social⁹³⁹.

Con la regulación que se ha dado en España al error vencible sobre la prohibición se logra, además de otros efectos, un mayor nivel de protección del orden económico general. Particularmente, el legislador ha optado por no conceder excesiva relevancia exculpatoria a dicha clase de error, entre otras razones porque teme debilitar con ello la vigencia objetiva de sus normas jurídicas⁹⁴⁰. La mayor severidad con que se trata el desconocimiento del Derecho sólo está justificada, si es que lo está⁹⁴¹, como estímulo a conocer el Derecho, evitando que resulte beneficiado quien no se preocupa de conocer lo prohibido, en comparación con quien

⁹³⁸Cfr. JAKOBS: *Strafrecht*. AT. 2. Aufl. 1993, cit. § 19, Rn.8 y siguientes (pág.546). Vid. también GARCIA VITORIA: *Tratamiento del error en el Código Penal español*. cit. págs.185 y siguiente.

⁹³⁹Cfr. MIR PUIG: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal*. cit. págs.208 y siguiente.

⁹⁴⁰Cfr. MUÑOZ CONDE: *El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal*. cit. pág.389.

Se intenta, pues, garantizar la eficacia punitiva del ordenamiento jurídico frente a la inseguridad que provocaría un excesivo número de absoluciones y de lagunas de punibilidad, si el delito juzgado en cuestión no ofreciese posibilidades de incriminación culposa. GARCIA VITORIA: *Tratamiento del error en el Código Penal español*. cit. pág.185.

⁹⁴¹Lo niegan, entre otros, COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.512; y TORIO LOPEZ: *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal*. cit. págs.262 y siguientes. También lo cuestiona, desde otro planteamiento, MUÑOZ CONDE: *La creencia errónea de estar obrando lícitamente*. cit. pág.300.

sí se ha tomado la molestia de tomar conocimiento de ello⁹⁴². A ello se añade que la sistemática del Proyecto de 1994, de forma semejante a lo que ocurría en los precedentes PCP de 1992 y Anteproyecto de 1994, no presenta lagunas en cuanto a la punición del error vencible de prohibición, a pesar de que se castiga la imprudencia sólo respecto a determinadas figuras delictivas entre las que no se hallan los delitos societarios, ya que se concibe un específico régimen atenuatorio de la pena.

Esta opción es correcta también desde un punto de vista político-criminal, puesto que en el Derecho penal societario no sería aconsejable favorecer al administrador que por no preocuparse de conocer sus deberes actúa con error vencible de prohibición, y que, de quedar impune su comportamiento (como resultaría al no preverse expresamente la punición de delitos societarios imprudentes), tampoco va a preocuparse de informarse adecuadamente⁹⁴³. La rebaja en la pena que se prevé

⁹⁴²MIR PUIG: El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal español. cit. págs.146 y siguiente.

⁹⁴³Recuerda JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. págs.415 y siguiente, que en el terreno del Derecho penal especial hay mayores exigencias en el deber de informarse para quienes pertenecen a aquel sector de la vida al que corresponde la regulación especial. "Si, pese a todo, se vulnera culpablemente tal obligación especial, tampoco la pena atenuada del delito doloso resulta por lo general injusta". Vid. ampliamente MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. págs.280 y siguientes.

Discrepa de ello TIEDEMANN: Tatbestandsfunktionen. cit. pág.330, quien pide, a mi juicio correctamente, la duda efectiva del autor en cuanto a la juridicidad de su comportamiento, y no se da por satisfecho con la pertenencia a un determinado ámbito vital o profesional. En efecto, debe rechazarse la posibilidad de definir la evitabilidad del error sobre la prohibición mediante la infracción de un deber de informarse sobre la relación del comportamiento con el Derecho, puesto que no es posible afirmar de forma concluyente que si el autor le hubiera dado cumplimiento hubiera alcanzado el conocimiento correcto de la relación entre su acto y el orden jurídico. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición. cit. págs.83 y siguiente.

es especialmente adecuada en los delitos societarios en particular, y en el Derecho penal económico en general, puesto que se entiende que en este ámbito específico del Derecho penal la pena del delito doloso sólo está justificada en los casos en que el autor conoce positivamente la norma prohibitiva⁹⁴⁴. Además, el margen de rebaja de uno o dos grados de la pena correspondiente al delito doloso es lo suficientemente significativo como para poder valorar las circunstancias de cada supuesto concreto⁹⁴⁵. En cualquier caso conviene recordar que la cuestión no es pacífica, puesto que un sector doctrinal considera que no procede benevolencia alguna al ser los destinatarios personas cualificadas y conocedoras de las normas jurídicas que disciplinan su actividad⁹⁴⁶.

La diferencia de tratamiento que ello supone respecto del error vencible sobre el tipo se explica, pues, por la conveniencia político-criminal de tratar con mayor rigor esta

⁹⁴⁴Cfr. ARROYO ZAPATERO: **El Derecho penal económico en la RFA**. cit. pág.110, quien señala, no obstante, que carece de fundamento la negativa a legitimar al Estado tanto para castigar conductas económicas cuando no concurre el conocimiento efectivo de la prohibición como, si se acepta esto, para castigarla incluso con pena cercana a la que corresponde a la comisión dolosa. Afirma, no obstante, TORIO LOPEZ: **La reforma penal y penitenciaria**. cit. págs.249 y siguientes, que sancionar el hecho cometido con error sobre la prohibición, cuando la realización culposa del delito no es punible en general, es injusto si se parte de que la responsabilidad debe fundarse en el conocimiento de la antijuridicidad.

⁹⁴⁵Cfr. GONZALEZ RUS: **La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio**. cit. pág.174.

⁹⁴⁶Cfr. en este sentido GONZALEZ RUS: **Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992**. cit. pág.185; del mismo autor: **La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio**. cit. págs.174 y siguiente. Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER: **El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición**. cit. pág.61, alude al punto de vista del sujeto pasivo del delito, afirmando que la exigencia de responsabilidad en todo caso por las consecuencias del delito cometido con ignorancia evitable de la prohibición comporta un mejor reparto de las cargas impuestas por la convivencia.

forma de error (sobre la prohibición), al objeto de estimular el conocimiento del Derecho⁹⁴⁷. Por otra parte, el sujeto activo de los delitos societarios y, en general, en los delitos económicos, no es el ciudadano medio o el profano, sino que se trata de un destinatario cualificado material y jurídicamente por el ejercicio de una profesión, al que el Estado puede y debe (de hecho, lo hace) imponer deberes especiales y pautas de comportamiento, para lo cual no sólo está legitimado como Estado social y democrático de Derecho, sino que está incluso obligado a ello como consecuencia de los mandatos que la Constitución impone en orden a garantizar y promocionar los derechos económico-sociales⁹⁴⁸.

Ya hemos señalado en su momento que el problema que se presenta entonces es el de determinar qué grupos de casos hay que tratar como errores sobre el tipo y cuáles como errores sobre la prohibición.

También hemos visto que dentro de los elementos normativos del tipo es posible distinguir, por una parte, las partes integrantes de los mismos (descriptivas y normativas) que afectan a las bases del juicio de valor y, por otra, el juicio de valor en sí mismo considerado⁹⁴⁹. Las primeras pertenecen al tipo y el segundo a la antijuridicidad, de forma que el desconocimiento de un elemento fundamentador de lo injusto

⁹⁴⁷Cfr. MIR PUIG: Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983. cit. págs.55 y siguiente; del mismo autor Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. págs.674 y siguiente; GARCIA VITORIA: Tratamiento del error en el Código Penal español. cit. pág.185. Críticamente, vid., entre otros, TORIO LOPEZ: El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. cit. págs.262 y siguientes.

⁹⁴⁸Cfr. AUGER LIÑAN: Delitos bursátiles. cit. pág.230.

⁹⁴⁹Se trata de distinguir la base fáctica de los elementos normativos y su valoración o calificación jurídica o social, según se trate de un elemento jurídico o social. Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. pág.200.

constituye error sobre el tipo, mientras que si la representación de los elementos típicos es correcta, pero es equivocada la valoración jurídica, nos hallamos ante un error sobre la prohibición⁹⁵⁰. Por ejemplo, si el autor se equivoca acerca de la situación personal de aquellos a quienes atribuye indebidamente el derecho de voto, hay error sobre el tipo, mientras que si les ha atribuido dicho derecho indebidamente por una errónea representación de la normativa mercantil sobre la materia, concurre error de prohibición. También existe error de prohibición cuando el sujeto efectúa una falsedad en documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad considerando que su actuación no es susceptible de afectar a la funcionalidad del documento⁹⁵¹.

Existe unanimidad en la doctrina sobre la procedencia de incluir en el error sobre la prohibición tanto el error sobre la existencia de la causa de justificación (el autor supone, erróneamente, que existe una causa de justificación que en realidad no está admitida por el Derecho), como el error sobre los límites o el alcance de la misma (el autor cree, erróneamente, que actúa dentro de los límites jurídicos de una causa de justificación admitida)⁹⁵². Se trata del error de

⁹⁵⁰En este sentido, vid. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.224 y 412. En España adoptan esta tesis, entre otros, PORTILLA CONTRERAS: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. cit. págs.387 y siguientes; TORIO LOPEZ: *La estructura típica del delito de coacción*. cit. págs.38 y siguiente.

⁹⁵¹Vid. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.359 y siguiente.

⁹⁵²Cfr., por todos, COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.496; GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.490; MIR PUIG: *La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal*. cit. págs.212 y siguiente; LUZON PEÑA: *Causas de atipicidad y causas de justificación*. cit. pág.36; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.312. En Alemania, vid. por todos FRISCH: *El error como causa de exclusión del injusto y/ o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán*. cit. pág.181; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.417, y la

permisión, que se contrae exclusivamente a la prohibición misma del hecho. La doctrina habla también en este caso de error indirecto de prohibición, porque el autor no cree simplemente que el hecho esté permitido, sino que desconoce la antijuridicidad de su conducta al suponer equivocadamente la existencia de una proposición permisiva⁹⁵³.

Ya hemos tenido ocasión de recoger la polémica suscitada por el tratamiento que debe darse al error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de las causas de justificación (error de tipo permisivo), cuya calificación como error de tipo o de prohibición depende de la concepción sistemática que se adopte⁹⁵⁴.

bibliografía que cita en nota núm.40; LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. § 17, Rn.19 (pág.125).

⁹⁵³Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.417.

⁹⁵⁴En el seno de las teorías de la culpabilidad se distinguen una teoría estricta de la culpabilidad y una teoría limitada o restringida, que postulan distinto tratamiento para el error sobre los presupuestos objetivos o fácticos de las causas de justificación. Los partidarios de la teoría estricta, mayoritaria en el marco de las teorías de la culpabilidad, extienden a este supuesto el tratamiento previsto para el error de prohibición, considerando que sólo afecta a la culpabilidad, disminuyéndola o excluyéndola, según que sea vencible o invencible, pero que el hecho sigue siendo doloso, puesto que el sujeto quería lesionar un bien jurídico (dolo natural o neutro). En este sentido, vid., entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de derecho penal. Parte general**. 3. ed. 1994, cit. pág.161; CEREZO MIR: **La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su transcendencia en los delitos monetarios**. cit. pág.282; del mismo autor: **Curso de Derecho Penal Español. Parte general**. I. 1. 4. ed. 1994, cit. págs.334 y siguiente; GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. págs.306 y siguientes; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. pág.348.

La teoría limitada, por el contrario, considera que debe darse a este caso el tratamiento propio de la teoría del dolo (impunidad o imprudencia, en función de la inevitabilidad o evitabilidad del error). A la misma conclusión llegan, desde otros presupuestos, tanto los partidarios de conceptuar las causas de justificación como elementos negativos del tipo (cuyo primer exponente fue GIMBERNAT ORDEIG: **Introducción**. cit. págs.33 y siguiente, 49 y 51, al que se han unido con posterioridad otros

En general, hemos visto que el sector doctrinal mayoritario considera que la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación debe ser tratada como un error de tipo.

Siguiendo la construcción que realiza MIR PUIG⁹⁵⁵, tanto el error sobre el tipo positivo como el error sobre el tipo de una causa de justificación coinciden en su significación de ser errores sobre elementos situacionales del hecho

autores, por ejemplo LUZON PEÑA: Aspectos esenciales de la legítima defensa. 1978, cit. pág.251, nota núm.443; del mismo autor: El error sobre causas de justificación: algunas precisiones. en Estudios penales. cit. pág.72) como los seguidores de la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica (vid., por todos, JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. págs.420 y siguiente).

Ampliamente sobre las distintas teorías, vid., entre otros, GOMEZ BENITEZ: Teoría jurídica del delito. 1984, cit. págs.294 y siguientes; GRACIA MARTIN: Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II). cit. marginal 378; LUZON PEÑA: El error sobre causas de justificación: algunas precisiones. en Estudios penales. cit. págs.69 y siguientes; MUÑOZ CONDE: La creencia errónea de estar obrando lícitamente. cit. págs.281 y siguientes. En Alemania, aportan una interesante visión de conjunto, por todos, FRISCH: El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal alemán. cit. págs.181 y siguientes; JAKOBS: Strafrecht. AT. 2. Aufl. 1993, cit. § 11, Rn.42 y siguientes (págs.370 y siguientes); y PAEFFGEN: Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum. cit. págs.399 y siguientes, todos con referencias adicionales. Como señala CEREZO MIR: La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española. cit. pág.39, nota núm.22, mientras que la teoría estricta de la culpabilidad renuncia a llevar a cabo una diferenciación dentro del elemento intelectual de la culpabilidad, aplicando en consecuencia a todos los errores en el ámbito de las causas de justificación la regulación del error de prohibición, la predominante teoría limitada de la culpabilidad diferencia entre aquellos casos en los que falta la concreta conciencia de antijuridicidad con base en la suposición errónea de que concurre un supuesto de hecho justificante, y aquellos otros en los que no concurre la conciencia de antijuridicidad a causa de un error acerca de la existencia jurídica de una causa de justificación.

⁹⁵⁵Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. págs.211 y siguientes.

injusto penal. Son por tanto errores de tipo⁹⁵⁶.

Así, en el ámbito de las causas de justificación se distinguirá entre un error de tipo negativo que afecta a los presupuestos, descriptivos o normativos, de la causa de justificación, y un error de prohibición relativo a que el Derecho admita la justificación de la situación, mientras que en el caso de suposición errónea de un presupuesto descrito mediante un elemento de la valoración global del hecho habrá que distinguir, como en el tipo positivo, según que el error afecte a la base fáctica del elemento (error de tipo negativo, que se trata como error de tipo, pues ambos recaen sobre elementos integrantes de la infracción penal) o a su significado global (error de prohibición)⁹⁵⁷.

Queda sin respuesta en el PCP de 1994 la solicitud del sector doctrinal que aboga por un tratamiento específico del error vencible de prohibición en los delitos económicos⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶Más ampliamente, vid. MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, págs.130, y 256 y siguiente; del mismo autor: El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal español. cit. págs.144 y siguientes.

⁹⁵⁷Cfr. MIR PUIG: La distinción de error de tipo y error de prohibición en derecho penal. cit. págs.212 y siguiente.

⁹⁵⁸Cfr. GONZALEZ RUS: Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992. cit. pág.185.

7. 8. PUNIBILIDAD Y PROCEDIBILIDAD. LA QUERELLA COMO CONDICION DE PROCEDIBILIDAD.

7. 8. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

La regulación de los delitos societarios efectuada en el PCP de 1992 incluía un precepto de contenido novedoso, sin precedentes en el PLOCP de 1980 o en la PANCP de 1983, cuya redacción se reitera, con modificaciones de cierta entidad, en el texto del reciente Proyecto. El artículo 297 del PCP de 1994 dice lo siguiente: "Los hechos descritos en el presente Capítulo, sólo serán perseguibles mediante querella de los perjudicados, o de sus representantes legales. En el caso de incapaces, emtores y ausentes o cuando se aprecie peligro para los intereses generales, también podrá interponer querella el Ministerio Fiscal".

Según esta redacción, el principio general de perseguibilidad de oficio de las infracciones penales sufre una modulación en el caso de los delitos societarios⁹⁵⁹, en los que la persecución queda legalmente condicionada al cumplimiento de un determinado requisito que recibe, en términos generales, el nombre de condición de procedibilidad.

En las páginas siguiente precisaré el contenido de ciertos conceptos (como los de delitos semipúblicos y privados, condiciones de procedibilidad, etc.) para centrarnos posteriormente en la regulación efectuada en el artículo 297 del PCP de 1994.

⁹⁵⁹En la doctrina alemana es un lugar común afirmar que la existencia de delitos no sujetos al principio de oficialidad representa un "cuerpo extraño" en el Ordenamiento jurídico-penal. Vid. por todos MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht*. AT. 2. 7. Aufl. 1989, cit. § 74, Rn.7.

Y ello advirtiéndolo desde este momento que la introducción de nuevas y más restringidas reglas de perseguibilidad y procedibilidad implica de por sí una limitación al acceso a los Tribunales en un tipo de delincuencia, como es la societaria, que lesiona o pone en peligro intereses generales de notable entidad.

7. 8. 2. CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD Y CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Se trata, en esta parte de la exposición, de analizar un instrumento, regulado en el reciente Proyecto, que constituye un presupuesto positivo de la aplicación de la consecuencia jurídica, como es la querrela. Este instituto plantea el problema, extraordinariamente discutido en su día, de su naturaleza jurídica y, consecuentemente, de su localización en el sistema del delito⁹⁶⁰.

Conviene aclarar las diferencias que existen entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad o perseguibilidad, puesto que en algún momento los límites entre ambas figuras se presentaron como muy dudosos en la doctrina penal⁹⁶¹, señalándose por la doctrina que esta distinción es "uno de los pilares sobre los que se asienta la autonomía de las condiciones objetivas de punibilidad como categoría dogmática"⁹⁶².

⁹⁶⁰Cfr. FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte geral. II.* 1993, cit. pág.661.

⁹⁶¹Vid. por todos ANTON ONECA: *Derecho Penal.* cit. págs.262 y siguientes; FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte geral. II.* 1993, cit. págs.661 y siguientes.

⁹⁶²MARTINEZ PEREZ: *Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad.* cit. pág.565.

Las condiciones de procedibilidad pertenecen estrictamente al Derecho adjetivo, aun cuando se hallen exigidas en el articulado del Código penal⁹⁶³, como en el caso que nos ocupa. Tales elementos adjetivos condicionan la persecución procesal, pero no inexorablemente la punición⁹⁶⁴. Son, por consiguiente, presupuestos del proceso, y con ellos se trata de condicionar la acción procesal⁹⁶⁵, pero no influyen de modo automático e inmediato sobre la punición. Presuponen además la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable⁹⁶⁶. Por su parte, las condiciones objetivas de punibilidad poseen un carácter jurídico-material, perteneciendo por ello al Derecho penal, y se basan en consideraciones sustantivas que afectan a la existencia material del delito, mientras que las condiciones de procedibilidad se basan en consideraciones de utilidad de índole formal, ajenas a los fines del Derecho penal⁹⁶⁷.

⁹⁶³Es el caso de la querella, exigida en los delitos perseguibles a instancia de parte o la calificación de insolvencia fraudulenta o culpable en las quiebras punibles. Vid. GIMENO SENDRA: *La querella*. cit. págs.15 y siguientes.

⁹⁶⁴Cfr. ANTON ONECA: *Derecho Penal*. cit. pág.263; COBO/VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. cit. pág.321. En la doctrina procesal, vid. ampliamente MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: *El Proceso por Delito Privado*. cit. págs.15 y siguientes.

⁹⁶⁵Cfr. RODRIGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español. Parte General*. cit. pág.419.

⁹⁶⁶Vid. por todos ANTON ONECA: *Derecho penal. Parte general*. cit. pág.235; GIMBERNAT ORDEIG: *Prólogo al libro "La colisión de deberes en el Derecho penal"*, de A. Cuerda Riezu. Madrid, 1984, págs.17 y siguientes, quien afirma que presuponen un comportamiento "prohibido y motivable"; MUÑOZ CONDE: *Teoría general del delito*. cit. pág.173.

⁹⁶⁷Cfr. MARTINEZ PEREZ: *Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad*. cit. pág.567. Vid. también OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.385 y siguiente y.406. En Alemania, se han manifestado a favor de la naturaleza exclusivamente jurídico-procesal del instituto de la querella, entre otros, MAURACH/ ZIPF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*. 7. Aufl. 1989, parágrafo 74, Rn.2, y STREE en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. parágrafo 77, Rn.8; a favor de una naturaleza exclusivamente jurídico-sustantiva, vid. MAIWALD: *Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren*. "GA" 1970, pág.38.

No se suscita actualmente ninguna duda a la hora de calificar como condiciones objetivas de perseguibilidad o procedibilidad los casos de denuncia y querella que aparecen en nuestro Código penal³⁶⁸. Y, si bien se ha cuestionado la naturaleza procesal o material de la querella privada, no cabe hoy negar su adscripción al Derecho adjetivo, ya que se trata de una institución auténticamente procesal³⁶⁹.

La presencia de una condición objetiva de procedibilidad implica que el comportamiento es considerado no merecedor o no necesitado de pena por causas distintas de los propios intereses preventivos; por ejemplo, como veremos, por intereses político-jurídicos.

7. 8. 3. DELITOS PRIVADOS Y SEMI-PUBLICOS.

La condición de procedibilidad está constituida, en primer término, por la exigencia de determinada actividad del ofendido, sin la cual no podrá iniciarse el proceso ni perseguirse al autor de la infracción penal. Se configuran así los delitos societarios como delitos no perseguibles de oficio. Ahora bien, esta categoría no es uniforme, y dentro de ella deben hacerse subdistinciones.

Ha sido tradicional en nuestra doctrina considerar que estas infracciones, a las que se ha denominado a veces como delitos privados, constituían un bloque de delitos que podían

³⁶⁸Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho penal. Parte general. cit.

³⁶⁹Vid. ampliamente GIMENO SENDRA: La querella. Barcelona, 1977, págs.18 y siguientes.

contraponerse globalmente a los delitos públicos⁹⁷⁰, y, a continuación, distinguir dentro de la misma otros dos grupos, los delitos privados "stricto sensu" y los delitos semipúblicos.

Hoy ese planteamiento sistemático no es el más correcto; la doctrina mayoritaria prefiere diferenciar netamente entre los delitos propiamente privados y los delitos públicos, colocando en un lugar intermedio los tradicionales delitos semipúblicos, que ya no forman una categoría homogénea y que, aunque guardan cierto parentesco con los delitos privados y algunas de las especialidades que presentan coinciden o se asemejan a las de éstos, son más asimilables a los delitos públicos.

En los delitos estrictamente privados se otorga a los intereses particulares una preferencia casi absoluta, lo que determina un muy peculiar régimen procesal⁹⁷¹ que sólo en aspectos puntuales es aplicable a los delitos semipúblicos.

Frente a los delitos públicos, para la persecución de los delitos semipúblicos y privados se exige una actividad del perjudicado, cuyo perdón determinará la extinción de la

⁹⁷⁰Vid., entre otros, ANTON ONECA/ RODRIGUEZ MUÑOZ: **Derecho Penal**. Tomo I. Madrid, 1949, pág.150; CUELLO CALON: **Derecho Penal conforme al CP, texto refundido de 1944**. Tomo I. Parte General. 13ª edición, Barcelona, 1960, pág.282; DEL ROSAL: **Derecho Penal Español**. 3ª edición, vol.1, Madrid, 1960, pág.235; QUINTANO RIPOLLÉS: **Curso de Derecho Penal**. Tomo I. Madrid, 1963, pág.404; PUIG PEÑA: **Derecho Penal (parte general)**. Tomo I. 6ª edición, Madrid, 1968, pág.308; MARTINEZ PEREDA: **El proceso por delito privado**. cit. págs.5 y siguientes.

⁹⁷¹El proceso por delito privado se asemeja en gran manera al proceso civil: se excluye la intervención del Ministerio Fiscal y de cualquier otro acusador distinto del perjudicado; se da cabida al principio de impulso a instancia de parte; se impide el planteamiento de la tesis acusatoria del artículo 733 LECr. restringiendo las facultades del Tribunal... Nada de esto rige para los delitos denominados semipúblicos.

responsabilidad criminal⁹⁷². Por su parte, los delitos privados y semipúblicos difieren, según el criterio clásico, en que aquéllos exigen querella y previo acto de conciliación (artículo 278 de la LECr.), excluyéndose la intervención del Ministerio Fiscal, mientras que para perseguir los delitos semipúblicos basta la simple denuncia. Cumplido este requisito, el Fiscal ejercita en su caso la acción pública.

No obstante, la claridad de estas distinciones ha ido enturbiándose con las últimas reformas legislativas, que obligan a someter a revisión los tajantes términos en que esta tipología se presentaba antaño⁹⁷³. Hoy se postula la necesidad

⁹⁷²Efectivamente, el artículo 136 del Proyecto de 1992 dice:
Artículo 136: "La responsabilidad criminal se extingue:

4. Por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos sólo perseguibles mediante denuncia o querella del agraviado, y la Ley lo permita expresamente.

En los delitos contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena".

⁹⁷³MORAL GARCIA: **Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal.** cit. pág.63. Un recorrido por la LECr. evidencia ciertos vaivenes de nomenclatura, que dificultan en grado sumo la actividad interpretativa. En ocasiones se habla de delitos públicos: artículos 259, 282, 284, 302 y 306. En el artículo 259 queda claro que se está refiriendo exclusivamente a los delitos que pueden perseguirse de oficio, excluyendo a los delitos semipúblicos. Sin embargo, la misma expresión sirve en los artículos 302 y 306 para referirse tanto a los delitos públicos como semipúblicos. Y en los artículos 282 y 284 se ha discutido si al hablarse de delitos públicos deben quedar abarcados o no los semipúblicos.

El término delito privado se usa únicamente en el artículo 284, contraponiéndose a delito público. Algún autor ha llegado a sostener que se refiere únicamente a los semipúblicos.

Los artículos 105, 112 y 188 de la LECr. hablan de causas reservadas a la querella, privada o delitos que no pueden perseguirse sino en virtud de querella particular. Con ello se alude claramente a los delitos privados. También se alude a éstos en el artículo 649 de la LECr., que trata de delitos que no pueden perseguirse de oficio, excluyendo en este caso a los semipúblicos.

En el artículo 106, al tratar del delito o falta que da lugar al procedimiento de oficio, la LECr. no aclara si quedan

de profundizar en la naturaleza de cada delito y en el fundamento del requisito de procedibilidad que se exige para catalogar como privada o semipública una infracción⁹⁷⁴.

La posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal cuando aprecie peligro para los intereses generales o en el caso de incapaces, menores o ausentes, abona la tesis de que los delitos societarios son delitos semipúblicos (artículo 105 LECr.)⁹⁷⁵, sin tener que acudir para fundamentarla a analizar el desarrollo del proceso según que el acto de iniciación haya sido una denuncia o una querella.

7. 8. 4. LA QUERELLA Y LOS DELITOS SOCIETARIOS: CRITICA.

La doctrina no ha sido unánime en la valoración del requisito de interposición de querella para proceder por los delitos societarios.

A favor, ha puesto de manifiesto SERRANO BUTRAGUEÑO⁹⁷⁶ que con dicho requisito se contrarrestan las presiones y denuncias contra los administradores, "más o menos infundadas, realizadas por socios o terceros simplemente hostiles". También ha señalado el mismo autor que de esta forma serán "los

incluidos o no en tales términos los delitos semipúblicos.

⁹⁷⁴Cfr. MORAL GARCIA: Delitos de injuria y calumnia: régimen procesal. cit. pág.66.

⁹⁷⁵Vid. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: El Proceso por Delito Privado. cit. pág.13. Por otro lado, el Tribunal Supremo entiende como delito privado el que únicamente puede ser perseguido a instancia de la parte agraviada, mientras que en los delitos semipúblicos la facultad de promover el procedimiento no está reservada exclusivamente a los perjudicados mediante la formalización de querella. Vid. por todas la STS 19 febrero 1962.

⁹⁷⁶SERRANO BUTRAGUEÑO: Los delitos societarios en el Anteproyecto del nuevo Código Penal. cit. pág.2.

querellantes quienes aporten los primeros indicios racionales de criminalidad, evitando con ello un importante gasto de energía para los Juzgados de Instrucción -siempre muy sobrecargados sobre todo en diligencias tan complejas como las de exhibición y examen de libros y documentos contables"⁹⁷⁷.

Sin negar la economía de gastos que supone la exigencia de querella, creo que pesan más las razones contrarias a su introducción. Estas razones se derivan, por un lado, de los inconvenientes generales que presenta la querella en el proceso penal y, por otro, de los problemas que causa en el ámbito específico de los delitos societarios:

Es tradicional en la doctrina referirse al menos a tres funciones que cumple la querella en el proceso penal⁹⁷⁸:

a) la conveniencia de que el proceso penal sólo se ponga en marcha cuando el ofendido muestre interés en ello, dada la relativa poca importancia del delito. Se habla de la escasa trascendencia y de la disponibilidad del bien jurídico penalmente protegido, así como de la relativa poca gravedad del comportamiento, que permiten que sea primeramente el ofendido

⁹⁷⁷De la misma forma, el preámbulo de la LO 3/ 1989, de 21 de junio, justifica la perseguibilidad a instancia de parte en determinadas infracciones imprudentes en que "con ello no se pretende limitar el acceso a los Tribunales de Justicia, sino evitar una actuación de éstos innecesaria por no requerida, no dándose un interés general suficiente que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente", y por otra parte, en relación con los daños culposos, en que una forma de reducir la intervención penal en ellos es exigir el impulso particular para su persecución, "pues la persecución de oficio, que hasta ahora dominaba en lo procesal, contribuía a una innecesaria acumulación de causas penales".

⁹⁷⁸Vid., por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág. En el ámbito de los delitos societarios, vid. MARTINEZ-PEREDA: *Los delitos societarios en el PLOCP*. cit. pág.201.

el llamado a valorar la conveniencia de seguir un proceso penal⁹⁷⁹. Así, la creación de infracciones penales privadas o semiprivadas es un indicio de que realmente la conducta inculpada no se valora como suficientemente grave; no hay, por tanto, necesidad o suficiente necesidad preventivo-general, y podría bastar con su consideración como ilícito extrapenal⁹⁸⁰. Es decir, la querella aparece como una técnica al servicio del principio político-criminal de intervención mínima del Derecho penal⁹⁸¹, configurándose, pues, como una "descriminalización de facto"⁹⁸².

b) La necesidad de que medie el consentimiento del ofendido para proceder en los delitos relacionados con su intimidad personal⁹⁸³.

c) Razones de protección a la víctima, cuando el seguimiento del proceso, por su publicidad, puede agravar su

⁹⁷⁹Vid. ANTON ONECA: *Derecho Penal*. cit. pág.265; FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte geral. II*. 1993, cit. págs.666 y siguiente. En este sentido, vid. también el Preámbulo de la LO 3/ 1989, de 21 de junio.

⁹⁸⁰Cfr. LUZON PEÑA: *La nueva regulación de los delitos y faltas imprudentes desde la LO 3/ 1989*. cit. pág.239.

⁹⁸¹Vid. MARTÍNEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.338.

El *Report on decriminalisation*, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de marzo de 1980, Council of Europe, European Committee on Crime Problems, Strasbourg 1980, considera que la extensión del número de delitos procedibles mediante querella entra en el concepto de "despenalización", puesto que reduce, al dejarla a la iniciativa privada, la intervención de la justicia penal.

⁹⁸²Cfr. FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte geral. II*. 1993, cit. pág.667. Vid. en el mismo sentido, con ejemplos procedentes de las reformas del Derecho penal alemán, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.94.

⁹⁸³Cfr. FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte geral. II*. 1993, cit. pág.667.

condición dada la naturaleza del delito⁹⁸⁴. Se habla, por ejemplo, de razones de conveniencia que aconsejan reservar el ejercicio de la acción al ofendido para no aumentar el daño inferido a su honor con el escándalo del proceso (delitos de injurias o calumnias). Se potencian de esta forma los arreglos extrajudiciales, con la consiguiente descarga de trabajo que ello supone para los Tribunales⁹⁸⁵.

El instituto de la querella supone, en resumen, una subordinación del interés público al interés privado, debido bien a la utilidad que supone para el Estado el atender al interés privado, bien a la escasa relevancia del interés público en juego, o, en fin, a estos dos motivos conjuntamente. Y ello teniendo en cuenta que el paso de un régimen de perseguibilidad de oficio a otro a instancia de parte implica necesariamente el reconocimiento del menor relieve social de los delitos sobre los que incide, en el sentido de que la originaria prevalencia del interés público ha perdido relieve frente a la valoración todavía positiva del interés privado⁹⁸⁶.

Desde otro punto de vista, se ha denunciado que la facultad concedida al ofendido o perjudicado de poner en marcha, por su sola voluntad, la persecución y castigo de los hechos puede dar lugar a un tráfico inmoral, en que la amenaza de la interposición de la querella actúe como chantaje para

⁹⁸⁴Cfr. entre otros ANTON ONECA: *Derecho Penal*. cit. pág.265; FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte geral*. II. 1993, cit. págs.667 y siguiente; RODRIGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español. Parte General*. cit. pág.420.

⁹⁸⁵Vid. ESPOSITO/ NASTRO/ ROMEO/ UCCELLA: *Querella, oblazione, pene pecuniarie, pene accessorie e altre misure*. cit. pág.19.

⁹⁸⁶Cfr. ESPOSITO/ NASTRO/ ROMEO/ UCCELLA: *Querella, oblazione, pene pecuniarie, pene accessorie e altre misure*. cit. pág.11.

llegar a arreglos económicamente satisfactorios para el perjudicado⁹⁸⁷, de la misma forma que en ocasiones sucede en el ámbito mercantil con la acción de responsabilidad contra los administradores. No queremos confundir con ello el derecho que asiste al perjudicado a ser resarcido por el daño causado por el delito, que se deriva de la comisión de éste y es de naturaleza civil, siendo perfectamente lícito el acuerdo sobre el alcance de esa responsabilidad, confusión señalada acertadamente por RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ⁹⁸⁸.

Ahora bien, en la medida en que se considere que las infracciones societarias son lo suficientemente graves y preocupantes como para constituir un injusto penal, como he tratado de demostrar supra, entonces la satisfacción en su caso de la víctima concreta no puede ser el único punto de vista decisivo, teniendo en cuenta la prevalencia del interés público en la prevención general y especial de conductas relevantemente peligrosas⁹⁸⁹. Aparte de que en no pocas ocasiones las razones por las que el ofendido no insta la persecución pueden no ser la satisfacción de sus intereses sino otras diversas, entre las que destaca la ignorancia. El régimen de denuncia previa provoca en muchos casos una situación de indefensión fáctica del particular, que vulnera su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Además, y si bien no es posible discutir la naturaleza disponible de alguno de los bienes jurídicos penalmente

⁹⁸⁷Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. cit. pág.201.

⁹⁸⁸Cfr. RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: Derecho Penal Español. Parte General. cit. pág.420.

⁹⁸⁹Cfr. LUZON PEÑA: La nueva regulación de los delitos y faltas imprudentes desde la LO 3/1989. cit. pág.239. En este sentido vid. también la enmienda núm.772, presentada por el Grupo Federal IU-IC, que propone la supresión de la querella en los delitos societarios por entender que "los bienes jurídicos afectados son de la suficiente entidad, como para no dejar a la iniciativa particular la posibilidad de su persecución".

protegidos en sentido técnico, como es el patrimonio individual, no cabe dejar de lado las consideraciones efectuadas en torno al bien jurídico categorial y a los intereses protegidos por la regulación de los delitos societarios. Tales intereses no pueden quedar a merced de que el sujeto directamente perjudicado logre o no resarcirse económicamente por medios extrajudiciales. Debemos tener en cuenta que son muchos los casos en que la consumación de los delitos societarios no precisa de la producción de un perjuicio económicamente evaluable, debido a que se configuran como delitos de peligro para el patrimonio. Ello dificulta la interposición de la querella, puesto que los sujetos pasivos o bien no son conscientes del peligro sufrido, o bien carecen de interés en la persecución de las conductas delictivas al no haberse producido un perjuicio para el patrimonio individual⁹⁹⁰.

Si en verdad los delitos societarios recogen ataques de importancia a bienes jurídicos relevantes, entonces hay un interés público en la prevención general de tales acciones que es o debiera ser independiente del interés del sujeto pasivo en su persecución, por lo que tendría que demostrarse contundentemente que es ineludible la excepción de la persecución sólo a instancia de parte en algún caso concreto, sin que sea posible solucionar por otros medios los graves problemas que plantee la persecución de oficio⁹⁹¹.

Por otro lado, no se explica la exigencia de querella en

⁹⁹⁰Como señala ZIELINSKI: *Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft*. cit. págs. 7 y siguiente, en referencia al delito de estafa en la inversión de capital, en los delitos de peligro abstracto sólo resulta afectada la generalidad, pero no un sujeto concreto.

⁹⁹¹Cfr. LUZON PEÑA: *La nueva regulación de los delitos y faltas imprudentes desde la LO 3/ 1989*. cit. pág. 238; del mismo autor *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*. "ADPCP" 1988, pág. 61.

los delitos societarios cuando los delitos contra el patrimonio no la precisan, teniendo en cuenta que el bien jurídico penalmente protegido en sentido técnico es el mismo, el patrimonio, y que los delitos societarios, por cometerse en el ámbito de las sociedades mercantiles, tienen una trascendencia superior, como ha reconocido el propio pre-legislador⁹⁹².

7. 8. 5. LA QUERELLA EN EL PCP DE 1994.

Titulares del derecho de querella son, en principio, los perjudicados o sus representantes legales.

Como sabemos, el concepto de perjudicado no coincide con el de sujeto pasivo del delito. Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta, esto es, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito⁹⁹³. Normalmente coincidirán las cualidades de sujeto pasivo y de perjudicado, pero puede suceder que el delito perjudique no sólo al sujeto pasivo del mismo, sino también a terceros. En tal caso, todos aquellos a los que la comisión de un delito societario haya irrogado perjuicios están legitimados para interponer la querella⁹⁹⁴.

Si el perjudicado careciera de capacidad de obrar o la tuviera limitada, ocupa su lugar el representante legal⁹⁹⁵. En

⁹⁹²Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992. En el mismo sentido, cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.339.

⁹⁹³Es doctrina absolutamente dominante. Vid. por todos COBO/VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.281.

⁹⁹⁴Cfr. ZIELINSKI: Zur Verletzteneigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft. cit. pág.6.

⁹⁹⁵Corresponde al Derecho civil determinar a quién corresponde en cada caso la representación legal.

caso de que el perjudicado fuera una persona jurídica, como sucederá en el delito de administración fraudulenta cuando resulte afectado el patrimonio social, las leyes mercantiles y los Estatutos sociales determinarán quien se halla legitimado para presentar la querella en lugar del perjudicado⁹⁹⁶.

Ahora bien, cuando el sujeto perjudicado es la sociedad mercantil se plantea la cuestión de si los socios pueden ser también considerados "perjudicados", puesto que económicamente son co-propietarios del patrimonio social⁹⁹⁷.

De la mención explícita de los "representantes legales" que realiza el texto cabe deducir que no se admite en la presentación de la querella la representación voluntaria⁹⁹⁸.

Si son varios los sujetos legitimados para querellarse, cada uno puede actuar por sí solo⁹⁹⁹.

El artículo 297 prevé, asimismo, la interposición de querella por parte del Ministerio Fiscal "cuando se aprecie peligro para los intereses generales"¹⁰⁰⁰. No se entiende la

⁹⁹⁶Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.818.

⁹⁹⁷Vid. ZIELINSKI: Zur Verletztenigenschaft des einzelnen Aktionärs im Klageerzwingungsverfahren bei Straftaten zum Nachteil der Aktiengesellschaft. cit. pág.7.

⁹⁹⁸En Alemania, la representación voluntaria sólo se admite dentro de ciertos límites. Vid. por todos JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. págs.818 y siguiente.

⁹⁹⁹Cfr. FIGUEIREDO DIAS: Direito penal português. Parte geral. II. cit. pág.670.

¹⁰⁰⁰El artículo 304 del Proyecto de 1992 preveía la interposición de querella por parte del Ministerio Fiscal, "solamente cuando se aprecie peligro para intereses de terceros o generales". Ahora bien, ¿quiénes eran esos terceros y cuáles sus intereses para merecer la actuación de oficio del Ministerio Fiscal? Los terceros no podían ser los perjudicados por la comisión del delito, puesto que a éstos ya se les tenía en cuenta en primer lugar. Y si no habían sido perjudicados, apreciándose

referencia al peligro para intereses generales, puesto que éste existe en la comisión de prácticamente cualquier delito societario. Ya hemos visto *supra* los intereses generales que subyacen al bien jurídico protegido en sentido técnico en los delitos que analizamos. El interés en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles corre peligro con la comisión de cada delito societario. Se trata, pues, de una cláusula de escape que permitirá la interposición de querrela por el Ministerio Fiscal siempre que lo considere oportuno, dejando el cumplimiento de esta condición de procedibilidad a la discreción de unos funcionarios públicos sujetos, en lo que respecta a la gran mayoría de los delitos, al más estricto principio de legalidad.

El derecho a querrellarse se pierde irrevocablemente si el legitimado a ello renuncia ante una autoridad que se ocupa o debiera ocuparse de la persecución penal, siempre que la querrela no se hubiese presentado todavía¹⁰⁰¹.

En el proceso penal alemán¹⁰⁰², la acción privada únicamente es admisible en determinados delitos leves sancionados con pena privativa de libertad mínima inferior a un año¹⁰⁰³, y cuyo bien jurídico protegido entra en esferas personales, familiares y económicas de naturaleza íntima. Están legitimadas para ejercitar la acción privada, además del Ministerio Fiscal en caso de existencia de interés público en la persecución de esos delitos leves (parágrafo 376 StPO), las

únicamente la existencia de un "peligro" para sus intereses, ¿cómo se justificaba que el Ministerio público debiera correr en su defensa cuando no lo había hecho ante la lesión o puesta en peligro efectiva de patrimonios individuales?

¹⁰⁰¹Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág. 820.

¹⁰⁰²Cfr. GOMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*. cit. págs. 71 y siguiente.

¹⁰⁰³Son los enumerados en el parágrafo 374, primer apartado, StPO.

siguientes personas:

- a) el ofendido por el delito;
- b) las personas que, al lado del ofendido o en su lugar, estuvieran autorizadas para la interposición de la solicitud penal; y
- c) en el caso de que el ofendido carezca de capacidad procesal, su representante legal.

En Italia, únicamente el delito de divulgación de informaciones sociales reservadas (artículo 2622 C.c.) es punible a querrela de la sociedad, planteándose la doctrina cómo ha de formarse la voluntad social y quiénes son los sujetos legitimados para interponer la querrela en nombre de la sociedad. Sobre la primera cuestión existe acuerdo en que la decisión positiva debe provenir de la mayoría de los socios, sean administradores o no, excluyendo a aquellos socios administradores que podrían resultar inculpatos¹⁰⁰⁴, puesto que se hallan en claro conflicto de intereses con la sociedad. Así pues, en las sociedades capitalistas decide la Junta general ordinaria, mientras que en las sociedades personalistas será preciso lograr el consenso de todos los socios, exceptuados siempre los socios administradores que se hallen en conflicto de intereses.

¹⁰⁰⁴Cfr. CONTI: Disposizioni penali in materia di società e di consorzi. cit. pág.111.

A favor de que deliberen únicamente los socios no administradores, vid. MIRTO: Il diritto penale delle società. cit. págs.122 y siguiente, quien, sin embargo, no ha tenido en cuenta que podrían no existir socios no administradores.

7. 9. EL DELITO DE OMISION.

7. 9. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

Conviene en este apartado introductorio efectuar unas breves precisiones en torno a los conceptos de omisión propia o pura, omisión impropia y comisión por omisión, advirtiendo que el punto de vista del que parto para efectuar la distinción no es el único que se utiliza en la doctrina¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁵Un sector de la dogmática, cuyo origen se halla en los trabajos del penalista alemán LUDEN (vid. especialmente LUDEN, H. von: *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte*. Band II. Gottingen, 1840, págs.219 y siguientes), establece la distinción entre los delitos propios e impropios de omisión (*echte und unechte Unterlassungsdelikte*) conforme a la clase de norma violada, según sea ésta preceptiva o prohibitiva. Se entiende así que la esencia de los delitos propios de omisión radica en la infracción de un mandato o norma preceptiva, mientras que los delitos impropios de omisión se califican así porque no consisten en la infracción de un mandato sino que implican la producción, a través de la inactividad en que consiste la omisión, del resultado que normalmente ocasiona el hacer positivo, esto es, implican la infracción de una norma prohibitiva. Vid. en Alemania BAUMANN/ WEBER: *Strafrecht*. AT. 9. Aufl. 1985, cit. págs.197 y siguiente; VON LISZT, F./ SCHMIDT, E.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin und Leipzig, 26. Aufl. 1932, pág.173. En España, QUINTANO RIPOLLES: *Delito de omisión*. cit. pág.478; del mismo autor: *Comentarios al Código Penal*. 2ª ed. Madrid, 1966, pág.23; SANCHEZ TEJERINA: *Derecho Penal español*. Tomo I. 5ª ed. Madrid, 1950, pág.172.

Este criterio no es aceptable, puesto que en los delitos impropios de omisión quien omite la acción esperada sólo infringe el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición de causación del resultado. Utilizando palabras de Armin KAUFMANN, las normas prohibitivas vetan hacer algo; por tanto, la norma que prohíbe no puede comprender conductas, como las de comisión por omisión, que consisten precisamente en no hacer algo. Más extensamente, vid. SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. págs.320 y siguientes, y OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.560 y siguientes.

Según otro sector doctrinal, en el que se encuentran a título de ejemplo KAUFMANN: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. cit. págs.206 y siguientes; STREE en SCHÖNKE/ SCHRÖEDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, Vor §§ 13 ff. Rn.137 (pág.180); BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal*

Adopto inicialmente la bipartición básica que, de acuerdo con la concepción mayoritaria, distingue entre omisiones puras y omisiones referidas a un resultado¹⁰⁰⁶, teniendo en cuenta en todo momento que la omisión de la que habla el legislador penal consiste, en cualquier caso, en un comportamiento que contrasta con una obligación jurídica de contenido positivo,

español. **Parte general**. 4. ed. 1994, cit. págs.378 y siguiente, y OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.564 (con matizaciones), los delitos propios e impropios de omisión sólo se distinguen atendiendo a un criterio formal o jurídico-positivo, de acuerdo con el cual los primeros se regulan en la ley, mientras que los impropios han sido creados al margen de la ley por la jurisprudencia y la doctrina. El problema fundamental de estos últimos sería su relación con el principio de legalidad. Se incluyen en la omisión propia todas las figuras con plasmación legal, sean de pura omisión sean de comisión por omisión.

La tesis que hemos reseñado ha sido contestada, entre otros, por JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.552, quien señala que de esa forma se borra la diferencia material entre delitos propios e impropios de omisión, prescindiendo del dato de que en la ley hay delitos impropios de omisión que merecen un tratamiento diferenciado del que procede en los delitos propios. En el mismo sentido, vid. SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. págs.322 y siguientes.

No obstante, cabe señalar, con MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.326, que "tan importante como la distinción de omisión pura y comisión por omisión es, en efecto, la de omisión prevista como tal por la ley y omisión no descrita expresamente por la redacción legal". En el primer grupo se contienen tanto formas de omisión pura como de comisión por omisión o de omisión y resultado, mientras que en el segundo únicamente cabe la comisión por omisión.

En las páginas que siguen parto, pues, de una combinación de dos de los criterios expuestos: el criterio formal o jurídico-positivo, que atiende a la tipificación expresa o no, y el material, que se basa en la necesidad o no de producción de un resultado naturalístico para entender consumado el delito. Más ampliamente, sobre estas dos concepciones de los delitos de omisión, vid., entre otros, GRASSO: **Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento**. cit. págs.872 y siguiente, nota núm.2.

¹⁰⁰⁶Señalan OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.562, que la clasificación bipartita que distingue entre delitos de omisión propia y de comisión por omisión según se requiera o no para su consumación la presencia de un resultado, es la tradicional en la doctrina. Vid. también SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. pág.343.

esto es, con una obligación jurídica de hacer¹⁰⁰⁷.

Pues bien, en las omisiones puras sólo se responde de la no realización de una conducta debida, y al omitente no se le imputa un eventual resultado producido, siendo indiferente que éste se dé o no. Esto es, los delitos de omisión pura no requieren para su consumación la presencia de un resultado naturalístico separable de la mera inactividad¹⁰⁰⁸. Carecen de identidad con la comisión activa que pone en peligro el mismo bien jurídico. Como señala el criterio tradicional, se consideran "los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley"¹⁰⁰⁹. Por supuesto, con la acción requerida el Ordenamiento pretende evitar un resultado que valora negativamente, pero el omitente no está obligado a impedir el resultado, que tampoco constituye un elemento del tipo. Por último, señalemos que los casos de omisión pura se consideran en general de menor gravedad y merecedores de una pena inferior a la derivada de la comisión activa¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷Cfr. CARACCIOLI: *Voz Omissione (Diritto penale)*. cit. pág.896.

¹⁰⁰⁸En este sentido, vid. entre otros CARACCIOLI: *Voz Omissione (Diritto penale)*. cit. pág.896; FIANDACA: *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*. cit. pág.6; JESCHECK: *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*. cit. pág.81; NUVOLONE: *L'omissione nel diritto penale italiano*. cit. págs.434 y siguiente; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986. cit. pág.561. Para un intento de reinterpretación de los delitos de omisión pura en clave de ofensividad, vid. ampliamente CADOPPI: <<Non evento>> e beni giuridici <<relativi>>. cit. págs.373 y siguientes.

Por ejemplo, vid. los artículos 359 y 371 primer párrafo del actual Código Penal español.

¹⁰⁰⁹JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993. cit. pág.550. Vid. también MUÑOZ CONDE: *Teoría general del delito*. 1989. cit. pág.40; NUVOLONE: *L'omissione nel diritto penale italiano*. cit. págs.434 y siguiente; SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. pág.343.

¹⁰¹⁰Vid. por ejemplo SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. pág.343, quien justifica esta afirmación señalando que los delitos de omisión pura se agotan en la no-realización de la acción indicada, por lo cual no es posible imputar el resultado lesivo a la omisión, careciendo por esta razón de identidad

Las omisiones referidas a un resultado se caracterizan, a su vez, por la posibilidad de que les sea imputado el resultado de lesión o de peligro que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado¹⁰¹¹. Como indica SILVA SANCHEZ¹⁰¹², dentro de este grupo se han de distinguir tres categorías. La primera está constituida por las omisiones que, "apareciendo expresamente tipificadas en preceptos de descripción negativa y siéndoles imputado un resultado, carecen sin embargo de una paralela realización comisiva de la que puedan considerarse equivalentes; son pues, *omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva*" (en cursiva en el original)¹⁰¹³. La segunda categoría "acoge aquellas realizaciones típicas omisivas referidas a resultado que muestran equivalencia con la correspondiente comisión activa". A su vez, esta categoría se subdivide en otras dos. "La primera subcategoría dentro de ella la constituyen las omisiones penales que aparecen expresamente acogidas, en descripciones negativas, por preceptos legales que contemplan, a la vez, la correspondiente comisión activa. Son las *omisiones referidas a resultado*¹⁰¹⁴, *con equivalencia comisiva, acogidas por los*

estructural con la comisión activa.

¹⁰¹¹Vid. MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. pág.223. Vid. como ejemplo de un delito de omisión referida a resultado de peligro sin equivalencia comisiva el artículo 340 bis b) 2°.

¹⁰¹²Cfr. SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. págs.343 y 347 y siguientes.

¹⁰¹³Incluye SILVA dentro de esta categoría el artículo 371 párrafo segundo del actual Código penal.

¹⁰¹⁴En puridad, la omisión no tiene por qué ir siempre y en todo caso referida a un resultado. Es perfectamente concebible un delito de mera actividad en el que se sancione de forma expresa tanto la comisión activa como la omisiva. Vid., por ejemplo, en el ámbito estrictamente penal societario, el párrafo 264 a) del StGB alemán, que regula la estafa en la inversión de capital (*Kapitalanlagebetrug*), y el comentario de SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Kommentar**. 24 Aufl. comentario al párrafo 264 a), Rn.37.

Este párrafo, introducido por el artículo 10 de la 2.

tipos legales en expresas descripciones negativas"¹⁰¹⁵. La segunda subcategoría acoge en su seno "aquellas omisiones penales, referidas a resultado y equivalentes a la comisión, que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa". Esta peculiar situación supone la aparición de problemas de todo tipo, principalmente relacionados con la vulneración del principio de legalidad y de la prohibición de analogía "*in malam partem*". Unicamente las omisiones comprendidas en esta última subcategoría recibirán en adelante la denominación de "comisión por omisión"¹⁰¹⁶.

De lo expuesto se desprende la existencia de tres clases de omisiones referidas a resultado: "1) omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva; 2) omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinada; y 3) omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminada (comisión por omisión)"¹⁰¹⁷.

WiKG, de 15 mayo 1986, se basa a su vez en la redacción del párrafo 188 del Proyecto Alternativo alemán ("datos incorrectos en prospectos").

También es interesante, ya en lo que se refiere al Derecho español vigente, el artículo 365 del Código penal, que sanciona al funcionario público que, teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento.

¹⁰¹⁵Por ejemplo, vid. las redacciones de los artículos 365 y 394 del Código penal español.

Vid. una posición distinta en OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.563, quienes consideran que los "delitos de omisión y resultado no existen como categoría independiente de las utilizadas corrientemente, pues o son omisiones propias agravadas por la producción de un resultado naturalístico... o son delitos comisivos respecto de los que la omisión, excepcionalmente, se configura de manera explícita como una de las posibles modalidades de conducta típica".

¹⁰¹⁶En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. págs.225 y siguientes.

¹⁰¹⁷SILVA SANCHEZ: El delito de omisión. cit. pág.349.³

En el ámbito de los delitos societarios se plantea la fundamental cuestión de cómo hacer responder penalmente a los miembros de los órganos de administración y vigilancia de la sociedad que no impiden, pudiendo hacerlo, la comisión de delitos societarios dolosos por otros sujetos cualificados¹⁰¹⁸. Por otra parte, el comportamiento omisivo en los delitos societarios reviste una especial relevancia práctica, por ser cada vez mayor el número de ocasiones en que el Derecho mercantil exige de los administradores la preceptiva emisión de declaraciones e informes.

Se trata de un problema de elección del instrumento sancionador, de forma que sea posible la punición de las conductas omisivas de los administradores asegurando la tutela de los varios intereses protegidos por las normas penales societarias. La naturaleza de dicho instrumento no tiene por qué ser en todo caso penal. De hecho, en algunas hipótesis serán más adecuadas las sanciones de Derecho administrativo¹⁰¹⁹, sobre todo desde el momento en que se observa que un notable sector doctrinal auspicia la individualización de criterios que sirvan como límite a la expansión de los delitos omisivos¹⁰²⁰.

Las soluciones que se barajan en el Derecho comparado con

¹⁰¹⁸Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.66.

¹⁰¹⁹Cfr. CADOPPI: Il reato omissivo proprio. I. cit. pág.30.

¹⁰²⁰Cfr. BRICOLA: Teoría generale del reato. cit. pág.17. Esta corriente doctrinal no pretende tanto criticar la introducción de delitos de omisión en general como el que dichos delitos no exijan la lesión o puesta en peligro, sea abstracto o concreto, de un bien jurídico penalmente protegido (desvalor de resultado). Abundando en este sentido, y desde una óptica en sintonía con el Estado social de Derecho, señala MARINUCCI: **Relazione di sintesi**. cit. pág.359, que si se toma en serio el Derecho penal protector de bienes jurídicos, entonces la coherencia impone no el simple aumento de las omisiones punibles, sino más bien su drástica reducción a los casos en los que existe al menos un peligro de resultado lesivo que se ha de impedir.

respecto al problema que hemos apuntado comprenden tres modelos punitivos¹⁰²¹: la introducción de un delito de omisión pura del deber de impedir delitos societarios; la tipificación de delitos de omisión referida a resultado con o sin equivalencia comisiva; y, por último, la regulación expresa de la participación omisiva imprudente en el delito doloso cometido por un tercero¹⁰²².

El análisis de estos modelos deberá tener en cuenta los problemas particulares que plantea la omisión en el Derecho penal, desde el resultado y el dolo en los delitos de omisión pura, hasta la relación entre la violación de la obligación jurídica de impedir el resultado y el principio de legalidad en los delitos de comisión por omisión, la causalidad de la omisión y la participación omisiva. Y todo ello teniendo en consideración el creciente aumento de las hipótesis de delitos omisivos previstas en el Código penal, expresión del mayor nivel de intervencionismo del Derecho penal en los últimos años¹⁰²³.

7. 9. 2. OMISION PURA Y DELITOS SOCIETARIOS.

¹⁰²¹Vid. ampliamente CADOPPI: *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società*. cit. págs.496 y siguientes.

¹⁰²²Cfr. en este sentido COLIVA: *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci*. cit. pág.214.

¹⁰²³Esta tendencia ya se advertía en la primera mitad del siglo XX. Vid. en la doctrina italiana, por todos, GUARNERI: *Delitto di omissione di soccorso*. Padova, 1937, pág.9. Más recientemente, FIANDACA: *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*. cit. págs.16 y siguientes, ofrece una extensa explicación del significado ideológico-político que subyace en la tendencia al incremento de los delitos de omisión, relacionándola, a nuestro parecer correctamente, con la tutela de bienes supraindividuales o colectivos.

Uno de los principales problemas derivados de la criminalidad empresarial se centra en las relaciones horizontales, esto es, aquellas que se desarrollan entre miembros de órganos colegiados.

Como ya hemos apuntado, en la doctrina penal se ha planteado en ocasiones la necesidad de "garantizar la vigencia real de la obligación de impedir determinados delitos societarios, responsabilizando no sólo a los administradores, sino también a los distintos encargados de los controles institucionales de la sociedad"¹⁰²⁴. Se trata de uno de los puntos más controvertidos del estudio de los delitos societarios¹⁰²⁵, que no encuentra solución en la simple ampliación del ámbito de aplicación de un precepto como el contenido en el actual artículo 338 bis del Código penal o en el artículo 427 del PCP de 1994, de omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.66. Vid. los criterios de la Comisión de lucha contra la criminalidad económica, adoptados en la 14ª Reunión. 21 a 25 de noviembre de 1977, publicados en el tomo 14 de los Informes de la misma, págs.108 y siguientes (traducción española en AA.VV.: Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales. cit. págs.124 y siguientes). La Comisión considera que "el deber del titular de atribuciones directivas o de vigilancia en la empresa de impedir la comisión de acciones punibles por parte de los colaboradores, debe configurarse de una forma eficaz creando un supuesto de hecho punible referente a la lesión del deber de vigilancia". Se trata de una laguna no sólo societaria, sino propia de un sector del Derecho penal económico que incluye los delitos laborales y tributarios. Cfr. CADOPPI: L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società. cit. pág.498.

¹⁰²⁵Cfr. FLORA: I. soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria. cit. pág.558. En la doctrina alemana, vid. la polémica entre TIEDEMANN: Untreue bei Interessenkonflikten. cit. passim, y CRAMER: Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmensbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten. cit. passim.

¹⁰²⁶Entre las dificultades de dicha ampliación podemos señalar al menos dos: en primer lugar, en el ámbito de los delitos societarios se trata de crear una omisión pura de garante que, según un cualificado sector doctrinal, debe castigarse como tipo omisivo agravado, configurándose asimismo como un delito especial. Cfr. HUERTA TOCILDO: Problemas

La introducción de un delito de omisión pura del deber de impedir la comisión de delitos societarios¹⁰²⁷, del cual serían sujetos activos los miembros del órgano de administración de la sociedad mercantil (configurando un delito de omisión pura de garante o *Garanten-Unterlassungsdelikt*¹⁰²⁸), exige como paso previo que se delinee con claridad los deberes de control y vigilancia de

fundamentales de los delitos de omisión. cit. págs.176 y siguientes. Vid. también SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. pág.347, quien distingue dentro de las omisiones puras las generales y las de garante. En las omisiones puras de garante distingue a su vez las que aparecen expresamente tipificadas como tales omisiones de gravedad intermedia y aquellas otras en que no se da dicha tipificación. Para este último supuesto propone SILVA, de *lege ferenda*, una regulación específica como cualificaciones de los tipos de omisión de socorro y de impedir determinados delitos. En segundo lugar, es preferible separar la conducta del administrador que no impide la comisión de delitos societarios de la infracción de deberes que se consideran genéricos a todos los ciudadanos. De la misma forma, MAGALDI/ GARCIA ARAN: *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal*. "DJ" 37/ 40, 1983, pág.462, propusieron, ante la regulación efectuada por la PANCP, la ubicación del tipo de omisión de la autoridad o funcionario público obligado por razón de su cargo a promover la persecución de delitos (artículo 422 PANCP), entre los delitos de prevaricación, tal como aparece en el Código penal vigente.

¹⁰²⁷Y no delitos comunes, lo que supondría una extensión desmesurada de las obligaciones de los miembros del órgano de administración de la sociedad mercantil.

¹⁰²⁸Aluden también a la posición de garante como criterio diferenciador entre los delitos de omisión, con independencia de que se refieran o no, simultáneamente, a otros criterios, GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. cit. pág.577; COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. págs.301 y siguiente; BACIGALUPO ZAPATER: *Delitos improprios de omisión*. cit. pág.99; SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. pág.334. De esta forma el delito de omisión pura se configura asimismo como un delito especial, en el que el sujeto activo se caracteriza por hallarse en una posición de garantía frente a la sociedad. Cfr. PROSDOCIMI: *Aspetti della responsabilità dei sindaci per reati omissivi impropri*. cit. pág.940.

Un ejemplo de delito de omisión pura de garante se encuentra en el artículo 452 bis e) del actual Código penal español, en el que se hace referencia expresa a la posición de garantía.

estos sujetos cualificados¹⁰²⁹. Avanzando más, la creación de un delito de omisión pura serviría para precisar la existencia de una obligación de impedir conductas delictivas lesivas o peligrosas para el bien jurídico protegido¹⁰³⁰. Con ello se pretende principalmente evitar la exasperación de los deberes de control y vigilancia¹⁰³¹, lo que se logrará mediante la aparición de un tipo de omisión pura de garante que, según un autorizado sector doctrinal, debería castigarse como tipo omisivo agravado¹⁰³².

¹⁰²⁹Cfr. MARINUCCI: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, cit. pág.74. En este sentido, vid. también TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*, cit. págs.321 y siguientes.

La necesidad de delimitar el deber de vigilancia también fue sentida por la Comisión alemana de lucha contra la criminalidad económica. Entre los criterios adoptados en la 14ª Reunión, 21 a 25 de noviembre de 1977, publicados en el tomo 14 de los Informes de la Comisión, se especifica que "según la jurisprudencia y la teoría, incumbe al titular de las facultades de dirección o vigilancia en la empresa un deber de garantía de impedir, en el ámbito de su responsabilidad, que los colaboradores cometan delitos en el ejercicio de las tareas del establecimiento industrial".

¹⁰³⁰Vid. ASSUMMA en FIORE/ ASSUMMA/ BAFFI: *Gli illeciti penali degli amministratori e sindaci delle società di capitali*, cit. pág.34. En relación con el actual artículo 499 bis entiende ARROYO ZAPATERO: *Manual de Derecho penal del trabajo*, 1988, cit. págs.29 y siguientes, que sólo incurrirán en responsabilidad por omisión aquellos administradores o encargados que se encuentren materialmente en una posición jerárquica superior o prevalente a la persona que realiza la conducta activa, pues sólo los superiores, o los iguales, pueden impedir al autor que imponga o altere las condiciones de trabajo.

¹⁰³¹Vid. CUSTODERO: *Riflessi penalistici delle responsabilità nella gestione dell'impresa*, cit. págs.492 y siguiente.

¹⁰³²Vid. HUERTA TOCILDO: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit. págs.176 y siguientes; LUZON PEÑA: *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, cit. págs.546 y siguiente; SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*, cit. pág.347; TORIO LOPEZ: *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, cit. págs.705 y siguiente.

En contra de la tripartición, vid. por todos OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*, 1986, cit. págs.562 y siguientes.

Por su parte, LUZON PEÑA: *El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia*, cit. pág.52, llega a proponer un apartado 2 del artículo que

En efecto, entre los delitos de comisión por omisión y de omisión y resultado con o sin equivalencia comisiva, y los de omisión pura, existen lagunas valorativas que provocan la penetración de criterios éticos o de emotivismo moral en el campo reservado a los primeros¹⁰³³. Este problema se eludiría en gran medida con la disponibilidad de respuestas jurídicas expresivas de la distinta situación material básica, una de las cuales está constituida por el tipo delictivo cuya introducción proponemos.

Un delito societario de omisión pura del deber de impedir ~~la comisión de delitos societarios dolosos por otros sujetos~~ cualificados hallaría fundamento pues, en las obligaciones de control¹⁰³⁴ y vigilancia¹⁰³⁵ que corresponden a los miembros del órgano de administración de las sociedades mercantiles. Los miembros de dicho órgano se hacen acreedores de la sanción penal cuando el adecuado ejercicio sus funciones habría

regula la comisión por omisión, del siguiente tenor:

"Si, pese a concurrir un deber especial [o una posición de garantía] en el sujeto, la omisión no fuera equivalente según el sentido del texto legal a la causación activa del resultado, se aumentará en uno o dos grados la pena correspondiente en su caso a la omisión, pero sin que pueda exceder de la mitad inferior de la pena aplicable al delito de resultado".

Se extiende en esta propuesta el ámbito de las omisiones puras de garante, puesto que al regularse un precepto específico en la Parte General sería aplicable a otros supuestos además de los señalados por SILVA.

¹⁰³³Cfr. TORIO LOPEZ: Límites político-criminales del delito de comisión por omisión. cit. pág. 705.

¹⁰³⁴Por control se entiende cualquier actividad que comporte, bien un análisis de la correspondencia entre dos actos homogéneos, bien un contraste entre actos, actividades o bienes y un parámetro preordenado. Sobre la etimología del término "control", vid. PROSDOCIMI: *Aspetti della responsabilità dei sindaci per reati omissivi impropri*. cit. pág. 935.

¹⁰³⁵En torno a las diferencias entre las nociones de vigilancia y control, vid. PROSDOCIMI: *Aspetti della responsabilità dei sindaci per reati omissivi impropri*. cit. pág. 936.

permitido descubrir e impedir¹⁰³⁶ la comisión del delito.

Los administradores ocupan una posición de garantía frente a la sociedad, puesto que la ley les obliga a defender los intereses sociales¹⁰³⁷. Como sabemos, "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal" (artículo 127. 1 LSA), y "responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con que deben desempeña el cargo" (artículo 133. 1 LSA).

La obligación jurídico-penal de impedir la comisión de

¹⁰³⁶Cfr. FLORA: *I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria*. cit. pág.553; PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penali*. cit. pág.286.

¹⁰³⁷Cfr. entre otros GRASSO: *Il reato omissivo improprio*. cit. págs.339 y siguientes y 426 y siguientes. Más decididamente en el reconocimiento de una posición de garantía, en la doctrina alemana, vid. HÜBNER: *LK*. 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.55; LABSCH: *Untreue*. 1983, cit. págs.301 y siguiente; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1994, cit. § 266, Rn.25 (págs.1981 y siguiente); SCHOLZ/ TIEDEMANN: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. II. 8. Aufl. 1995, cit. Vor §§ 82 ff. Rn.18 (pág.3437); SCHÜNEMANN: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. cit. págs.101 y siguientes; del mismo autor: *The Principles Governing Crimes of Omission*. En AA.VV.: *Infractious d'omission et responsabilité pénale pour omission*. Atti del Congresso di Urbino (ottobre 1982) dell'A.I.D.P., Tolouse 1984, pág.897. En la doctrina más antigua, vid. especialmente PEDRAZZI: *Gestione d'impresa e responsabilità penali*. cit. pág.284, quien asignaba a los administradores la función de garantes de un conjunto de intereses referidos a la sociedad, a los acreedores sociales, a los terceros en general y a la economía nacional.

En Italia se ponen a cargo de los administradores unas obligaciones de vigilancia que van más allá de las previstas en España, puesto que se incluye expresamente la obligación de impedir actos perjudiciales de los que tengan conocimiento (artículo 2392 C. c.). Aun así, parte de la doctrina duda que tal previsión sea suficiente para configurar una posición de garantía de los administradores frente a la sociedad. Cfr. FLORA: *I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria*. cit. pág.564.

delitos societarios deriva, de esta forma, de las obligaciones de control y vigilancia impuestas por la legislación mercantil a los miembros del órgano de administración de las sociedades¹⁰³⁸, sin que ello suponga la identificación automática entre las obligaciones de control y vigilancia y la obligación de impedir¹⁰³⁹.

Con esta propuesta de criminalización se hace algo más que elevar una participación omisiva a la categoría de delito independiente¹⁰⁴⁰, obviando los problemas que, como veremos, parte de la doctrina encuentra en la apreciación de dicha modalidad de participación. En efecto, en el delito de omisión del deber de impedir delitos no es preciso que la omisión del sujeto cualificado haya favorecido o aumentado el riesgo de lesión del bien jurídico protegido, lo que sí es exigible en la participación¹⁰⁴¹. El tipo se configura de forma autónoma,

¹⁰³⁸Cfr. CHIARAVIGLIO: *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*. cit. pág.193, quien no obstante critica duramente al legislador italiano por no otorgar a los miembros del órgano de vigilancia ningún poder de impedir, lo que supone la imposibilidad de llevar a cabo una conducta efectivamente impeditiva.

¹⁰³⁹Cfr. CHIARAVIGLIO: *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*. cit. págs.207 y siguiente. Vid. también STELLA/ PULITANÒ: *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*. cit. pág.271.

¹⁰⁴⁰Vid., por todos, HUERTA TOCILDO: *Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*. cit. pág.245; RODRIGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal*. cit. págs.373 y siguiente.

¹⁰⁴¹Cfr. FLORA: *I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria*. cit. pág.565; NAPOLEONI: *I reati societari*. I. cit. pág.380. De esta forma, nuestra propuesta de introducción de un delito de omisión pura del deber de impedir la comisión de delitos societarios coincide con la que sostiene buena parte de la doctrina italiana especializada en delitos societarios, de creación de un "reato di agevolazione omissiva", generalmente imprudente. Vid. CADOPPI: *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società*. cit. págs.500 y siguiente.

En efecto, pese a ostentar una posición de responsabilidad cualificada, no es posible afirmar que la omisión de estos

con un contenido de injusto propio centrado en la infracción de los específicos deberes que incumben al sujeto activo frente a la sociedad mercantil¹⁰⁴²; sintetizando, el injusto consiste en "*non facere quod debetur*"¹⁰⁴³.

En consecuencia, será indiferente que el delito no impedido llegue a consumarse o no¹⁰⁴⁴, puesto que no se pretende

sujetos equivalga en gravedad o muestre una identidad estructural con la creación activa del riesgo de producción del resultado que, con dicha omisión, no se ha evitado. Cfr. SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. pág.334. En Alemania, no obstante, la Comisión de lucha contra la criminalidad económica propuso en su día la introducción en el Código penal de un precepto del siguiente tenor:

"1. El que, en su carácter de titular de un establecimiento industrial o de una empresa, omite las medidas de vigilancia necesarias para impedir que otro cometa hechos antijurídicos en el establecimiento industrial o en la empresa durante el tiempo de ejecución de sus funciones en los mismos, **facilitando** de esta manera la comisión de tales hechos, será sancionado..."

¹⁰⁴²Vid., entre otros, CADOPPI: <<Non evento>> e beni giuridici <<relativi>>. cit. pág.377; FLORA: **I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria**. cit. pág.564.

En este sentido, DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: **Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión**. cit. pág.218, señala que en el delito de omisión pura del deber de impedir delitos "lo más importante es la omisión del deber y no tanto la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos afectados por los concretos delitos que se omite impedir".

¹⁰⁴³Distingue CADOPPI: <<Non evento>> e beni giuridici <<relativi>>. cit. págs.376 y siguientes, entre delitos de omisión de resultado y delitos de mera conducta omisiva. Estos últimos aparecen, según el autor mencionado, "cuando el delito consiste únicamente en el no cumplimiento de la acción ordenada por la norma penal". A esta categoría pertenecería la figura delictiva cuya introducción proponemos.

¹⁰⁴⁴Cfr. FLORA: **I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria**. cit. pág.564. No obstante, se ha señalado que en el tipo concreto sí podría configurarse un resultado de la conducta, pero que no tendría influencia alguna en la responsabilidad penal del sujeto. Todo lo más, bajo ciertas condiciones, sería posible configurar un eventual delito de no impedimento del resultado, según CADOPPI: **L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci della società**. cit. pág.499.

Vid. por todos, en relación con el artículo 338 bis del

establecer un deber de impedir el resultado típico de los delitos societarios¹⁰⁴⁵. Debemos recordar en todo momento que nos encontramos ante un delito de omisión pura de garante, en el que basta con no actuar para que el delito se estime cometido con independencia, como hemos dicho, de que el delito societario llegue efectivamente a consumarse, se quede en el estado de tentativa o sea el propio autor quien voluntariamente desista de su prosecución. El contenido del injusto del delito de omisión pura "es siempre el mismo, se consume o no el hecho que se trata de impedir, careciendo en consecuencia de lógica el graduar la pena que le corresponde en función de que se consume o no el delito no impedido"¹⁰⁴⁶. Y viceversa, bastará con que el sujeto obligado actúe impeditivamente para que el deber que le incumbe se considere satisfecho, aun cuando dicha intervención no consiga evitar la efectiva consumación del delito societario¹⁰⁴⁷.

De esta forma, la introducción de un delito de omisión del deber de impedir delitos societarios dolosos supone indudablemente un aumento del nivel de protección de los bienes

Código penal, HUERTA TOCILDO: Comisión de los deberes de impedir o denunciar determinados delitos. cit. pág.204.

¹⁰⁴⁵En contra, vid. CADOPPI: <<Non evento>> è beni giuridici <<relativi>>. cit. págs.387 y siguiente. Entendemos que sería excesivo imponer a los administradores un deber de impedir el delito. Vid. en relación con el artículo 338 bis y su correspondiente en la PANCP, el artículo 421, MAGALDI/ GARCIA ARAN: Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma penal. cit. pág.463.

¹⁰⁴⁶HUERTA TOCILDO: Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos. cit. pág.231.

¹⁰⁴⁷Señala RODRIGUEZ MOURULLO: La omisión de socorro en el Código Penal. cit. págs.362 y 372 y siguiente, que más que de un deber de impedir determinados delitos debería hablarse de un deber de realizar una acción que pueda evitar la comisión de determinados delitos.

jurídicos individuales que éstos a su vez protegen¹⁰⁴⁸, puesto que se tipifica una modalidad de conducta que de otra forma quedaría impune; se sancionan conductas omisivas distintas de la participación omisiva en el delito comisivo, pero sin vedar la posibilidad de admitir dicha participación, antes al contrario, respetándola íntegramente¹⁰⁴⁹. Con ello se trata de respetar el postulado principal de la actual política criminal conforme al cual las normas jurídico-penales no prohíben meras infracciones éticas, sino la puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸FLORA: *I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria*. cit. pág.558, afirma que una normativa como la que aquí se propone se dirige más a la protección de los intereses internos de la sociedad que a la de los intereses externos.

¹⁰⁴⁹Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal*. cit. pág.381. En el mismo sentido, CHIARIaviglio: *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*. cit. pág.194; HUERTA TOCILDO: *Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*. cit. pág.246; SGUBBI: *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*. cit. pág.156 y nota núm.11 en la pág.122.

¹⁰⁵⁰Cfr. TORIO LOPEZ: *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*. cit. pág.701. Especialmente en la categoría de los delitos omisivos propios o de omisión pura se plantea la espinosa cuestión de su relación con el principio de ofensividad. Algunos autores ponen de relieve que la falta de un resultado material implica el riesgo de que no se realice el desvalor de resultado que debe caracterizar un delito compatible con el principio de ofensividad. Se considera que el desvalor de resultado es "más evidente" en los delitos de resultado que en los de mera actividad (o en los de mera inactividad como han sido caracterizados los delitos de omisión pura). Así, expresamente, BAUMANN/ WEBER: *Strafrecht*. AT. 9. Aufl. 1985, Giesecking/ Bielefeld, cit. págs.236 y siguientes. Ahora bien, esta doctrina no niega que "en los delitos de mera conducta el desvalor del acto cobra especial relieve, pues en ellos la acción u omisión se prohíbe con independencia de los resultados, precisamente por el desvalor que en sí misma considerada entraña" (la cursiva es añadida). RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal. Parte General*. 1978, cit. pág.273. Más radical, otro sector llega a afirmar que los delitos de mera actividad (y los de mera inactividad), así como los de peligro abstracto, son supuestos donde el merecimiento de pena se basa exclusivamente en el desvalor de acción, esto es, se trata de delitos sin desvalor de resultado. Cfr. GALLAS, W.: *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. cit. pág.181; WOLTER, J.: *Objektive*

La creación de una figura como la que se propugna debe seguir unas determinadas pautas político-criminales¹⁰⁵¹.

En primer lugar, ha de configurarse como un tipo doloso¹⁰⁵². Esta conclusión es exigida por los principios de

und personale Zurechnung von Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlin, 1981, págs.301 y siguientes. En contra, vid. por todos GRACIA MARTIN: Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II). cit. marginal 354 y siguiente; KINDHÄUSER: Gefährdung als Straftat. 1989, cit. págs.225 y siguientes, 238 y siguientes y 277 y siguientes.

La doctrina italiana afirma generalmente que los delitos de omisión pura tienden a regularse como delitos de mera desobediencia, en los que sólo es precisa la puesta en peligro (generalmente abstracto) del bien jurídico penalmente protegido. Cfr., entre otros, CADOPPI: <<Non evento>> e beni giuridici <<relativi>>. cit. pág.386; MARINUCCI: Relazione di sintesi. En STILE, A. M.: Bene giuridico e riforma de la parte speciale. cit. págs.359 y siguiente; PALIERO: <<Minima non curat praetor>>. Padova, 1985, pág.145.

¹⁰⁵¹ Como puntos de referencia imprescindibles a la hora de calibrar la bondad de las propuestas político-criminales, utilizaremos las aportaciones de la doctrina en torno a los artículos 228, 371. 1, 452 bis e) y, por supuesto, el 489 ter III, que constituye el arquetipo de los delitos de omisión pura de garante. Vid. SILVA SANCHEZ: El delito de omisión. cit. pág.344, nota núm.280.

¹⁰⁵² A esta conclusión ha llegado la doctrina mayoritaria en el análisis del actual artículo 338 bis, aunque con razonamientos no siempre coincidentes. Vid. entre otros RODRIGUEZ MOURULLO: La omisión de socorro en el Código Penal. 1966, cit. págs.398 y siguiente; LUZON CUESTA: Compendio de Derecho Penal. Parte especial. 1990, cit. pág.365; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: Derecho Penal Español. Parte Especial. 1994, cit. pág.1041. Admiten la punición por imprudencia, tanto por error en la apreciación de la situación típica o de las posibilidades de intervención, como por la falta de cuidado en la realización de la acción mandada, MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: Derecho Penal. Parte General. 1993, cit. pág.225. Y, como señala GARCIA MIGUEL: Los delitos contra la Administración de Justicia en la PANCP. "DJ" 37/ 40, vol.2, 1983, pág.1112, una de las novedades que introdujo la PANCP en este tema fue la incriminación no sólo de las conductas dolosas, sino también de las debidas a negligencia inexcusable.

En cuanto a la omisión de socorro, afirma SILVA SANCHEZ: Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros. cit. pág.217 en nota núm.121, que es punible en Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho

subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal y no se basa, desde luego, en su naturaleza de delito de omisión pura paralelo al comisivo de mera actividad, ya que, como desde hace tiempo ha venido resaltando la doctrina alemana, también los delitos propios de omisión son susceptibles de realización imprudente¹⁰⁵³. La omisión culposa de los deberes de vigilancia y control que corresponden a los miembros del órgano de administración de la sociedad se contempla en la legislación mercantil como presupuesto de la acción civil de responsabilidad. Y, como sabemos, el principio de subsidiariedad afirma que el Derecho penal ha de ser la "ultima ratio", el último recurso utilizable a falta de otros menos lesivos¹⁰⁵⁴. De esta forma, deberá preferirse ante todo la utilización de sanciones no penales, como las administrativas o las que resultan del sistema de exigencia de la responsabilidad civil de los administradores.

El dolo, en el delito de omisión pura del deber de impedir delitos societarios, se refiere al conocimiento de que se va a cometer o se está cometiendo un delito societario, unido a

alemán. Cfr. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*. 9ª ed. 1993, cit. pág.191.

¹⁰⁵³Cfr. HUERTA TOCILDO: *Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos*. cit. pág.233.

Coincidió, de esta forma, con la postura de la Comisión alemana de lucha contra la criminalidad económica, la cual adoptó al respecto el siguiente criterio: "el deber de vigilancia tiene que ser infringido dolosamente. Esto presupone, entre otras cosas, la conciencia del autor de que la omisión de las medidas de vigilancia es adecuada para elevar el riesgo de la comisión de acciones amenazadas con pena por parte de los colaboradores en el ejercicio de sus funciones en el establecimiento industrial". Cfr. AA.VV.: *Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales*. cit. pág.125. Sobre las dificultades que plantea la determinación del elemento subjetivo en los delitos imprudentes de omisión, vid. por todos SCHÖNE: *Acerca del Orden Jurídico Penal*. cit. págs.65 y siguientes.

¹⁰⁵⁴Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.73.

la conciencia de la propia posibilidad de impedirlo¹⁰⁵⁵. Se configura como falta de resolución de llevar a cabo la acción exigida por parte de quien conoce los elementos objetivos del tipo¹⁰⁵⁶, y no como la voluntaria decisión de no actuar¹⁰⁵⁷, puesto que en esta segunda propuesta se premiaría injustamente a quienes por irresponsabilidad o indiferencia no se percatan de que les es posible dicha actuación¹⁰⁵⁸. No obstante, puede suceder que el omitente, a la vista de la situación típica y consciente de la propia capacidad de acción, adopte directamente la resolución de permanecer inactivo.

En cuanto a las clases de dolo, debería ser suficiente el dolo eventual¹⁰⁵⁹, categoría que tendría mayor aplicación que la del dolo directo, puesto que son raros los casos en los que el sujeto activo persigue directamente las consecuencias de su omisión (en este caso, facilitar la comisión del delito por

¹⁰⁵⁵Cfr. NUVOLONE: *L'omissione nel diritto penale italiano*. cit. pág.435. En torno al dolo y la culpa en la omisión, vid. también CARACCIOLI: *Voz Omissione (Diritto penale)*. cit. págs.898 y siguiente. En el caso específico del deber del consejo de vigilancia de impedir la comisión de delitos por parte del consejo de administración, señala TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. pág.330, que el dolo ha de abarcar además la admisión del perjuicio patrimonial.

¹⁰⁵⁶PROSDOCIMI: *Aspetti della responsabilità dei sindaci per reati omissivi impropri*. cit. pág.943, señala que el comportamiento incriminable consiste en "<<l'inerzia>> volontaria".

¹⁰⁵⁷Como señala VOLK: *Introduzione al diritto penale tedesco*. cit. pág.129, en las omisiones a menudo no es posible determinar qué decisiones concretas se tomaron, sino a lo sumo indagar sobre la actitud interna del autor.

¹⁰⁵⁸Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. págs.568 y siguientes.

¹⁰⁵⁹Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal*. cit. pág.400; TORIO LOPEZ: *Aspectos de la omisión especial de socorro*. cit. pág.600. En la doctrina italiana, ampliamente, vid. por todos CHIARAVIGLIO: *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*. cit. págs.202 y siguientes; GRASSO: *Il reato omissivo improprio*. cit. pág.367. Más ampliamente, vid. *infra*.

otro sujeto), o en los que los indicios de la futura comisión del delito son tan numerosos que la probabilidad se convierte en certeza¹⁰⁶⁰. Esta posibilidad "puede derivarse tanto de la eventualidad (con alta probabilidad y aceptación) de la realización del delito que debe evitarse, como de la no seguridad o no total seguridad de las posibilidades de evitación del mismo"¹⁰⁶¹. Y también cabe el dolo eventual cuando no existe una decisión actualizada de no actuar, adoptada en inmediata referencia al dejar de practicar la conducta exigida, sino la mera falta de resolución de llevar a cabo dicha conducta, siempre y cuando el omitente conozca la situación típica, sea capaz de impedir con su actuación el peligro para el bien jurídico y sepa la alta probabilidad de que, si con su acción no lo impide, se produzca la afección de ese bien jurídico¹⁰⁶².

Ahora bien, las dificultades de prueba de la concurrencia del dolo¹⁰⁶³, unidas a un sistema como el adoptado por el PCP de 1994, de incriminación específica de cada delito culposos,

¹⁰⁶⁰CHIARAVIGLIO: Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale. cit. pág.211.

¹⁰⁶¹DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. cit. pág.215 en nota núm.34, quien señala además que, en relación con el artículo 338 bis, únicamente RODRIGUEZ MOURULLO: La omisión de socorro en el Código Penal. cit. pág.400, admite expresamente el dolo eventual, mientras que el resto de los autores ni menciona ni rechaza esta posibilidad. En torno al dolo eventual en los delitos de omisión; vid. CHIARAVIGLIO: Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale. cit. págs.211 y siguiente.

¹⁰⁶²Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho Penal. Parte General. 1986, cit. págs.568 y siguientes. Vid. NAPOLEONI: I reati societari. I. cit. pág.376, en torno al dolo eventual en los casos de omisión del deber de control que favorece la comisión de un delito de reparto ilegal de dividendos.

¹⁰⁶³Con especial referencia a los delitos societarios, vid. CHIARAVIGLIO: Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale. cit. pág.193, donde califica la prueba de "diabolica", y 208 y siguientes.

pueden producir lagunas de punibilidad¹⁰⁶⁴. Ante esta situación, ciertos sectores doctrinales han reivindicado la creación de una figura societaria general que sancione la omisión imprudente del deber de impedir los delitos dolosos cometidos por los sujetos cualificados en el ámbito de las sociedades mercantiles¹⁰⁶⁵.

Sin embargo, la tesis de la inconciliabilidad de la responsabilidad culposa o imprudente y el Derecho penal económico en general tiene un amplio predicamento en la doctrina¹⁰⁶⁶.

Creo que la omisión imprudente del deber de impedir delitos

¹⁰⁶⁴Vid. CRESPI, A.: **Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale delle società per azioni**. "RIDPP" 1957, pág.545.

¹⁰⁶⁵Es ésta la opción que se propugna en Italia, donde la doctrina solicita insistentemente la creación de una figura de omisión imprudente del deber de impedir la comisión de delitos societarios o bien, alternativamente, la previsión expresa de la participación imprudente en la comisión dolosa de dichos delitos. Vid., por todos, ALBEGGIANI: **I reati di agevolazione colposa**. cit. *passim*; COLIVA: **Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci**. cit. pág.213; MAZZACUVA: **Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario**. cit. pág.221; MARINUCCI/ ROMANO: **Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni**. cit. pág.112. En España, vid. por todos TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.66.

¹⁰⁶⁶El tema fue ampliamente debatido en Alemania durante la preparación de la Primera Ley de lucha contra la delincuencia económica (1. WiKG), resolviéndose en la toma en consideración únicamente de la imprudencia temeraria. Vid., por todos, MAZZACUVA: **Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario**. cit. pág.220; TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.64.

Así, ARROYO ZAPATERO: **El Derecho Penal Económico en la RFA**. cit. pág.113, ha señalado que en Alemania una de las características diferenciales entre el Derecho penal patrimonial y el Derecho penal económico "radica en la presencia de (se entiende "en") este último de un número elevado de tipos incriminadores de conductas imprudentes, si bien, limitados generalmente a supuestos de imprudencia temeraria (<<Leichtfertigkeit>>)", coincidiendo en puntualizar que "la punición de conductas imprudentes en Derecho penal económico es objeto de viva polémica doctrinal".

societarios no tiene la suficiente entidad como para merecer la consideración de delito¹⁰⁶⁷; ello no obstante, cabe plantearse si son suficientes las previsiones existentes en el Derecho mercantil para sancionar tal conducta, caracterizada por la infracción imprudente de los deberes de control y vigilancia que corresponden a los miembros del órgano de administración de las sociedades mercantiles. Ante los problemas que implica el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores, y con el fin de no dejar impune una conducta como la que estamos analizando, nos limitamos a plantear aquí la conveniencia de crear una ~~infracción administrativa al hilo de la regulación mercantil~~ de los deberes de los administradores, sancionada con una multa¹⁰⁶⁸. Con esta posición seguimos la tendencia doctrinal

¹⁰⁶⁷La cuestión de la punición de la imprudencia en los delitos omisivos puros tiene únicamente carácter político-criminal, puesto que no existen obstáculos técnicos que la impidan. Algún sector de la doctrina afirma que la imprudencia sólo es castigada, por imperativo del principio de intervención mínima del Derecho penal, en la medida en que produce determinados resultados. Vid., por todos, MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. pág.264. ~~Este~~ a esta postura, y como señala DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: **La comisión de socorro a la propia víctima**. cit. pág.225, creemos que "no es verdad que no quepa la comisión imprudente de delitos de pura actividad o de pura omisión, por ser impune la imprudencia sin resultado...; tal aseveración confunde la cuestión con la de la impunidad de los hechos imprudentes no consumados... Sin embargo, en los delitos de pura actividad o pura omisión, existe un desvalor de la propia actuación indebida, al que podría acompañar en lo subjetivo el dolo o la imprudencia; cuestión distinta es que se juzgue en cada caso políticocriminalmente conveniente o no el castigo de la comisión imprudente".

¹⁰⁶⁸El modelo puede ser la regulación de la responsabilidad administrativa de los auditores de cuentas, efectuada en los artículos 15 y siguientes de la LAC.

El sistema seguido en el PCP de 1992, de incriminación específica de las conductas imprudentes punibles, llega en la práctica al mismo resultado, con la agravante de considerar delitos conductas que en muchos casos no tienen la entidad suficiente para ello, lo que se demuestra al observar que se sancionan con multas. Vid. en este sentido los artículos 389 y 399 de dicho Proyecto.

Artículo 389: "La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover

general que postula la despenalización de la imprudencia en los delitos de omisión pura o propia¹⁰⁶⁹. Y ello aun cuando se ha advertido que en estos casos sólo raramente es posible probar la omisión dolosa¹⁰⁷⁰.

El Derecho penal abandona su misión cuando presta su instrumento coactivo a problemas o situaciones que no merecen ser tratadas jurídico-penalmente. Tal ocurriría con el supuesto que planteamos, que en caso de criminalizarse entraría a formar parte de los delitos que la doctrina describe como "ilícitos

la persecución de los delitos de que tuviere noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Si la omisión del deber de persecución se debiera a imprudencia grave se impondrá la pena de multa de seis a diez meses".

Artículo 399: "Cuando los secretos se conocieren a causa de imprudencia grave de la autoridad o funcionario, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses".

¹⁰⁶⁹Hay división en la doctrina acerca de si se considera punible o no la comisión culposa de la omisión de socorro. Vid. a favor MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. pág.192; del mismo autor: **Teoría general del delito**. 1989, cit. pág.42. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO: **La omisión de socorro en el Código Penal**. cit. págs.261 y siguientes; MAQUEDA ABREU: **Los delitos contra la libertad y seguridad**. 1988, cit. pág.102.

En Italia se prevé una disciplina específica del principio de culpabilidad en las contravenciones. El artículo 43. 4° del Código penal dispone que "*nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente o volontaria, sia essa dolosa o colposa*", señalando finalmente que "*la distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita... per i delitti, si applica altresì alla contravvenzione, ogni qual volta per queste la legge faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico*". En torno a la interpretación de este artículo, vid. FIANDACA/MUSCO: **Diritto penale. Parte generale**. 1989, cit. págs.304 y siguientes; COLACCI: **Elemento psichico e buona fede nelle contravvenzioni**. "Arch. pen." 1964, II, pág.153; VALLETTA: **La colpevolezza nelle contravvenzioni**. "Foro it." 1970, pág.73.

¹⁰⁷⁰Cfr. CADOPPI: **Omesso impedimento**. cit. pág.497; MARINUCCI en MARINUCCI/ ROMANO: **Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni**. cit. pág.74.

administrativos elevados a la condición de delito"¹⁰⁷¹ o delitos de mera desobediencia sin contenido ofensivo propio.

En segundo lugar, el ámbito de sujetos activos debe restringirse a quienes ocupan una posición de garantía frente a la sociedad, esto es, a los miembros del órgano de administración¹⁰⁷². Conviene advertir aquí que la jurisprudencia¹⁰⁷³, al hilo del estudio del actual artículo 338 bis, sostiene con toda claridad que la pasividad o no intervención frente a la comisión de un delito por otra u otras personas dejará de ser omisión pura de impedir delitos y se convertirá en participación en comisión por omisión si el omitente se encuentra en una posición de garante, originada por cualquier situación o circunstancia. Tal afirmación no nos parece correcta. La concurrencia de la posición de garantía no es suficiente para convertir una omisión pura del deber de impedir delitos en una participación en comisión por omisión. Una transformación tal sólo se producirá cuando la misma omisión favorezca o facilite la comisión del hecho delictivo, aumentando o contribuyendo a aumentar el riesgo, pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización

¹⁰⁷¹Cfr. QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte general*. 1992, cit. pág.294.

¹⁰⁷²Esta afirmación tiene una justificación clara. Como señala DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión*. cit. pág.206, la omisión de intervención ante un delito, unida la voluntad de cooperar, si va acompañada de la posición de garante, es distinta del mero deber genérico de actuación en solidaridad que establece el actual artículo 338 bis del Código penal. Por esa razón, al tratarse no de sancionar el incumplimiento doloso de un mero deber general de solidaridad, sino el de un deber específico de garante, el ámbito de sujetos activos debe restringirse, convirtiendo el precepto en un delito especial. En este sentido, vid. también ALBEGGIANI: *I reati di agevolazione colposa*. cit. págs.14 y siguientes; NUVOLONE: *L'omissione nel diritto penale italiano*. cit. pág.434.

¹⁰⁷³Vid. el listado de sentencias que ofrece LUZON PEÑA: *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*. cit. págs.538 y siguiente.

del peligro, pues únicamente en este sentido puede entenderse que la participación en comisión por omisión es estructuralmente idéntica a la participación activa. El no impedir u obstaculizar que se realice un peligro ya existente no significa aumentar el peligro, ni favorecer o facilitar su desarrollo, "sino, en principio y si no concurren otros factores, justamente eso: dejarlo en el mismo grado en que estaba, dejar que siga su curso"¹⁰⁷⁴. Esa omisión deja que el peligro aumente por sí solo, pero no lo aumenta ni lo facilita, dejando intacto el grado de probabilidad o de posibilidad sin añadir ni aumentar el riesgo con un factor nuevo¹⁰⁷⁵.

Considero asimismo que no es necesario efectuar una alusión expresa a que la actuación salvadora del sujeto activo se limite a la que pueda ser llevada a cabo "sin riesgo propio o ajeno"¹⁰⁷⁶. En efecto, la introducción de esta cláusula tiene su justificación en el marco un delito de omisión pura general, como el consistente en el incumplimiento del deber de impedir delitos contra la vida, o que causen grave daño a la integridad, la libertad sexual, la libertad o la seguridad de las personas (artículo 338 bis párrafo primero del actual Código penal), cuyo sujeto activo es indiferenciado: la ley reconoce al sujeto la facultad de abstenerse de realizar una conducta dirigida a impedir un delito de las características

¹⁰⁷⁴LUZON PEÑA: Participación por omisión y omisión de impedir delitos. cit. págs. 543 y 549.

¹⁰⁷⁵Cfr. LUZON PEÑA: Participación por omisión y omisión de impedir delitos. cit. pág. 545.

¹⁰⁷⁶Como sucede en los artículos 338 bis párrafo primero y 489 ter del actual Código penal. La doctrina entiende mayoritariamente que tal cláusula está inspirada en el principio de no exigibilidad. Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE: Derecho Penal. Parte Especial. 1991, cit. pág. 191. Otros consideran que la misma aparece incorporada al tipo, como por ejemplo SAINZ CANTERO: El delito de omisión del deber de socorro. "RGLJ" número 209, 1960, pág. 447. Considera por su parte que es expresión de una causa de justificación RODRIGUEZ MOURULLO: La omisión del deber de socorro en el Código Penal. cit. págs. 213 y siguientes.

señaladas cuando existe una situación de riesgo¹⁰⁷⁷. Con SILVA SANCHEZ¹⁰⁷⁸, creo que "no parece que deban existir objeciones al establecimiento, en los tipos omisivos basados en consideraciones de mera solidaridad general, de límites que tengan en cuenta los intereses del sujeto de quien se requiere la intervención". No obstante, en el marco de los delitos societarios es suficiente con las genéricas circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad¹⁰⁷⁹. Se pretende configurar aquí un delito de omisión pura de garante, de forma que la específica naturaleza de la relación del garante con el bien jurídico se muestra decisiva a la hora de efectuar la delimitación de los peligros y circunstancias frente a las cuales ha de actuar el sujeto activo. Por supuesto, ello no obsta a que, una vez delimitado el ámbito de la situación de garantía, el administrador garante individual, ante una situación concreta en la que se requiere su intervención, pueda acogerse a las disposiciones generales sobre justificación y exculpación¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷Cfr. CORDOBA RODA: Comentarios al Código Penal. III. 1978, cit. pág.1215.

¹⁰⁷⁸SILVA SANCHEZ: El delito de omisión. cit. pág.306.

¹⁰⁷⁹En torno a los problemas que plantea la apreciación de dichas circunstancias en el artículo 338 bis, vid. HUERTA TOCILDO: Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos. cit. págs.234 y siguientes. Sobre las especificidades de la exclusión de la antijuridicidad en los delitos dolosos de omisión, OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho Penal. Parte General. 1986, cit. págs.586 y siguiente.

Como señala TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. pág.323, constituye una evidencia dogmática que un autor omisivo debe responder sólo de lo que para él era posible hacer.

¹⁰⁸⁰Vid. SILVA SANCHEZ: El delito de omisión. cit. pág.308. Vid. también CRAMER: *Rechtspflicht des Aufsichtsrats*. cit. págs.583 y siguiente, donde pone de manifiesto las escasas posibilidades de actuación que tiene el miembro del consejo de vigilancia que observa la comisión inminente de delitos por miembros del consejo de administración.

En torno a la función que desempeña la exigibilidad en los delitos de omisión, vid. DEL ROSAL BLASCO: La participación y el auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 CP. "ADPCP" 1987,

En tercer lugar, la conducta omisiva ha de ser previa a la consumación del delito doloso cometido por otro sujeto cualificado¹⁰⁸¹, puesto que de otra forma únicamente podría constituir, en su caso, un mero encubrimiento. La omisión del deber de impedir delitos consiste en no intervenir, no actuar frente a un peligro ya existente, de origen diverso a la propia omisión y cronológicamente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural¹⁰⁸². La omisión se consuma, pues, desde el momento en que es posible advertir ex ante la existencia de una situación de peligro y la no realización de la acción salvadora típicamente requerida¹⁰⁸³. La prueba a posteriori de que no resultó peligro no excluye la realización típica del delito de omisión pura de garante¹⁰⁸⁴.

págs.96 y siguiente; DIEZ RIPOLLES: **La huelga de hambre en el ámbito penitenciario**. "CPC" 1986, núm.30, págs.630 y siguiente.

¹⁰⁸¹Cfr. CRAMER: **Rechtspflicht des Aufsichtsrats**. cit. págs.582 y siguientes; FLORA: **I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria**. cit. pág.554; SEMLER: **Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats**. 1980, cit. pág.70, en referencia a los miembros del consejo de vigilancia que no impiden la comisión de una Untreue por los miembros del consejo de administración.

¹⁰⁸²Cfr. LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos**. cit. pág.543. Con RODRIGUEZ MOURULLO: **La omisión de socorro en el Código Penal**. cit. pág.384, consideramos que se empieza a cometer el delito omisivo que nos ocupa "cuando la resolución delictiva se haya objetivamente manifestado y existan indicios objetivos suficientes para que pueda llegarse, también objetivamente..., a la certeza o creencia seriamente fundada de que el delito va a ejecutarse, con independencia de cuál haya sido el juicio personal que a este respecto se haya formado el sujeto". En sentido similar, aunque con diferente fórmula, vid. CORDOBA RODA: **Comentarios al Código Penal**. III. 1978, cit. págs.1205, 1212 y especialmente 1218.

Se justifica entonces una pena menor que la correspondiente a la cooperación omisiva en el delito no impedido, puesto que es menor la medida de la responsabilidad que la que se produce en los supuestos de creación del riesgo de producción del resultado. El injusto es menor.

¹⁰⁸³Cfr. SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. pág.332.

¹⁰⁸⁴Cfr. SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. pág.333. 7

De esta forma, en fin, entiendo que cuando la omisión se limita a la no intervención ante un peligro preexistente, sin crearlo ni aumentarlo, dejando que siga su curso por sí solo, no hay autoría o participación en comisión por omisión, sino omisión pura, que será delictiva si encaja en algún tipo omisivo. Para evitar lagunas de punibilidad, y enlazando con las primeras líneas de este apartado, proponemos la creación de un tipo omisivo puro, cualificado por la situación de garantía, del deber de impedir la comisión de delitos societarios, sobreentendiéndose, por supuesto, que siempre que tales omisiones no sean directamente subsumibles en un tipo comisivo.

Ahora bien, aunque el responsabilizar a estos garantes de carácter institucional de los intereses afectados por la gestión de las sociedades mercantiles constituye una directiva política-criminal que debe informar las propuestas de reforma¹⁰⁸⁵, hasta hoy ha sido negada en nuestro Ordenamiento.

7. 9. 3. DELITOS SOCIETARIOS DE OMISION Y RESULTADO.

Una segunda vía de incriminación de las omisiones de los administradores y consiste en la tipificación expresa de delitos de omisión y resultado¹⁰⁸⁶, con equivalencia comisiva.

¹⁰⁸⁵Cfr. MARINUCCI/ ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. pág.74.

¹⁰⁸⁶OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.577, entre otros, se muestran a favor de la incorporación a la Parte especial del Código penal de los correspondientes tipos de omisión impropia que se estimen incriminables mediante un sistema de *numerus clausus*, semejante a lo que el PCP de 1980 y la PANCP de 1983 proponen hacer en relación con los delitos imprudentes.

Las omisiones referidas a un resultado se caracterizan por la posibilidad de que les sea imputado un resultado trascendente a la no realización de la conducta indicada y que, a consecuencia de este hecho, no ha sido evitado por el sujeto. También es propio de esta categoría de realizaciones típicas omisivas el estar fundadas en la existencia de una base funcional específica¹⁰⁸⁷, esto es, "la concurrencia, en todo caso, de un círculo restringido de sujetos que son los únicos que pueden realizarlas y, por último, desde el punto de vista valorativo, el tratarse de hechos más graves, en similares circunstancias, que las contempladas en la clase de las omisiones puras"¹⁰⁸⁸.

Se trataría de incluir en los tipos societarios, junto a la modalidad comisiva de conducta, una expresión como la que recoge el actual artículo 394, "sustrajere o consintiere que

¹⁰⁸⁷Con respecto al delito de malversación, señala LOPEZ BARJA DE QUIROGA: **Manual de Derecho Penal. Parte Especial. III.** 1992, cit. pág.373, la existencia de "una relación funcional entre el funcionario y el bien jurídico protegido, estando especialmente obligado el funcionario a proteger dicho bien jurídico...". Por su parte, GRACIA MARTIN: **Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II).** cit. marginales 365 y siguiente, habla en estos casos de una posición de garantía genérica, que existe "cuando al sujeto le falte la capacidad específica de la acción de dominio sobre la causa fundamental del resultado o cuando aun teniendo esta capacidad no haya realizado el acto de asunción personal efectiva del dominio" (nota núm.317).

¹⁰⁸⁸SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión.** cit. pág.347. En el mismo sentido, vid. GRACIA MARTIN: **Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II).** cit. marginal 365. Esta mayor gravedad se refleja en la equiparación punitiva con la comisión activa, equiparación que se justifica desde el momento que se acepta que no nos hallamos ante una mera conducta de participación en el delito cometido por un tercero. Cfr. SUAREZ MONTES: **El delito de malversación de caudales públicos.** cit. págs.848 y siguiente. Vid. no obstante GRACIA MARTIN: op. et loc. cit., quien solicita una "pena atenuada con respecto a la del delito de acción y de comisión por omisión" para las omisiones puras de garante sin identidad con la acción en contenido de injusto.

otro sustraiga"¹⁰⁸⁹. La introducción en el tipo legal, junto a la correspondiente comisión activa, de expresas descripciones negativas¹⁰⁹⁰, permite efectuar en igual medida en uno y otro caso la imputación del resultado, obviando los problemas de toda índole que plantean tanto la comisión por omisión como la participación omisiva imprudente o dolosa en el delito doloso¹⁰⁹¹.

Con una regulación semejante no se pretende penalizar el omitir a secas, sino el omitir a la par que se permite a otro la comisión activa¹⁰⁹². El sujeto cualificado ha de estar conforme con que se cometa el delito societario de que se trate, lo que supondrá por regla general aunque no siempre una connivencia con quien realiza la modalidad comisiva¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁹De la misma forma, el artículo 365 del Código penal vigente sanciona al "funcionario público que, teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento..."; por su parte, el artículo 366 tipifica la conducta del "funcionario público que, no estando comprendido en el artículo anterior, abriere o consintiere abrir sin la autorización competente papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada...".

¹⁰⁹⁰Al hablar de descripciones negativas, como indica SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. pág.348, nota núm.291, se hace referencia a otras descripciones que expresan real y claramente la no realización de una prestación positiva de salvaguardia de un bien jurídico en peligro, a la que se imputa el resultado lesivo de dicho bien.

¹⁰⁹¹Dicha participación imprudente puede ser tanto activa como omisiva. Sobre la controversia existente acerca de la viabilidad de la participación imprudente, vid. *infra*.

¹⁰⁹²Vid. en este sentido, con relación al artículo 394 del actual Código Penal, ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.484; en relación con el artículo 365, el mismo autor, en pág.453, afirma que "consentir y más aún quebrantar tienen un manifiesto trasfondo intencional (también Rodríguez Devesa y Muñoz Conde)".

¹⁰⁹³Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA: **Manual de Derecho Penal. Parte Especial**. III. 1992, cit. pág.373. Señala SUAREZ MONTES: **El delito de malversación de caudales públicos**. cit. pág.847, a propósito de la modalidad omisiva que recoge el artículo 394,

No parece conveniente la punición de estas figuras de omisión y resultado en los supuestos de omisión debida a negligencia o abandono inexcusables que haya favorecido o facilitado la comisión del delito societario de que se trate por otro sujeto cualificado, por razones que trataremos de fundamentar en sede de autoría y participación, puesto que se trataría de casos de participación imprudente en la comisión de un delito doloso. Pero no porque consideremos que se trata de lo que OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA denominan "supuestos de autoría accesoria por omisión imprudente de un delito doloso de resultado"¹⁰⁹⁴, sino porque, en aplicación de los principios de intervención mínima y fragmentariedad del Derecho penal, es suficiente con una sanción administrativa de multa¹⁰⁹⁵.

La creación de tipos de omisión y resultado con equivalencia comisiva, como es el caso, parte de la observación de que, tanto en la comisión activa como en la omisión, el bien jurídico penalmente protegido sufre idéntico daño. Ello justifica también que se establezca la misma penalidad tanto

que "el consentimiento a la sustracción estriba en la simple omisión del deber de custodia de los caudales puestos a cargo del sujeto, con independencia de que tal omisión se manifieste o vaya acompañada de la realización de una conducta de positivo favorecimiento de la sustracción... el consentimiento presupone el perfecto conocimiento del funcionario del acto de la sustracción por otro".

¹⁰⁹⁴Como hacen OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.563.

¹⁰⁹⁵La multa suele ser la sanción prevista por el Código penal en estos casos, junto con una pena leve de privación de libertad. Vid. por ejemplo los artículos 395 ("pena de multa de la mitad al tanto del valor de los caudales o efectos sustraídos, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas"), 366 ("penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas"). Constituye una excepción el artículo 365, que sanciona con penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

para la comisión mediante acción como mediante omisión¹⁰⁹⁶.

Por lo demás, en caso de no existir una previsión expresa, en algunos casos cabrá apreciar la comisión por omisión, como veremos en el apartado siguiente, y, en otros, una participación omisiva¹⁰⁹⁷. No obstante, teniendo en cuenta la situación de interinidad en que se encuentran las aportaciones doctrinales en torno tanto a la comisión por omisión como a la participación omisiva¹⁰⁹⁸, no son desdeñables en absoluto las ventajas de una regulación expresa de tipos societarios de omisión y resultado con equivalencia comisiva.

7. 9. 4. DELITOS SOCIETARIOS Y COMISION POR OMISION.

La hipótesis de que los delitos societarios puedan ser realizados mediante comisión por omisión ha sido planteada en la doctrina española y extranjera como uno de los aspectos dogmáticos comunes de mayor relieve, y merece una detenida atención, especialmente desde que se comprueba que es objeto de amplio tratamiento en el Derecho comparado. A la dificultad intrínseca del tema se añade la falta de acuerdo doctrinal,

¹⁰⁹⁶SUAREZ MONTES: **El delito de malversación de caudales públicos**. cit. págs.848 y siguientes, ofrece varios argumentos para explicar esta equiparación punitiva.

¹⁰⁹⁷Adelantando el contenido de lo que expondremos en sede de autoría y participación, debemos tener en cuenta que para poder hablar de participación omisiva tendrá que ocurrir que la propia omisión facilite, elimine obstáculos a la comisión del delito, facilitación o eliminación de obstáculos que no es lo mismo que no interposición de obstáculos. La omisión tendrá que favorecer o facilitar la comisión del hecho, aumentando o contribuyendo a aumentar en ese sentido el riesgo pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización del peligro. Más ampliamente, vid. *infra*.

¹⁰⁹⁸Con respecto a la participación omisiva el problema se complica por la consideración de delitos especiales que ostentan los delitos societarios.

puesto que nos hallamos ante una problemática todavía en discusión, en la que aún no se ha llegado a acuerdos sobre conceptos y categorías fundamentales.

En este tema debemos partir del no reconocimiento expreso en el Derecho penal español de una responsabilidad omisiva de los miembros de los órganos de administración de la sociedad por los hechos delictivos cometidos por otros sujetos cualificados, así como de la inexistencia de figuras delictivas específicamente societarias en las que se definan de forma expresa tipos de omisión y resultado, con o sin equivalencia comisiva.

La última vía que queda para admitir la responsabilidad por omisión de los miembros del órgano de administración de la sociedad es, pues, la creación de tipos societarios puramente resultativos, en los que sea posible tanto la comisión activa como la omisión. Esta posibilidad no deja de plantear problemas específicos, puesto que deberán determinarse previamente tanto las situaciones que dan origen a una posición de garantía como las condiciones en las que cabe decir que la comisión activa y la omisión se engloban en el mismo tipo.

En la "comisión por omisión mediante la no realización de la actividad debida se comete otro delito y al omitente se le imputa el resultado sobrevenido, responde del mismo"¹⁰⁹⁹. La comisión por omisión supone castigar hechos omisivos con la misma pena que otros comisivos¹¹⁰⁰, englobando ambos en el mismo tipo. El resultado pertenece al tipo, consumándose el

¹⁰⁹⁹ LUZON PEÑA: Omisión de socorro: Distinción entre omisión propia e impropia. En Derecho Penal de la Circulación. 1990, cit. pág.?. Vid. también MUÑOZ CONDE: Teoría general del delito. 1989, cit. pág.43.

¹¹⁰⁰ Cfr. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: La comisión de socorro a la propia víctima. cit. pág.205.

delito sólo cuando aquél se produzca¹¹⁰¹.

En la doctrina penal se ha planteado la cuestión de si cabe la comisión por omisión únicamente en los delitos de resultado y no, también, en los de mera actividad. La opinión mayoritaria en España¹¹⁰² y en el Derecho comparado¹¹⁰³ considera que los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado, en el sentido de que la responsabilidad jurídico-penal presupone

¹¹⁰¹Cfr. JESCHECK: Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado. cit. pág.81; SCHÖNE, W.: *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*. Köln, 1974, págs.156 y siguientes.

¹¹⁰²Vid. entre otros MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.324; BACIGALUPO ZAPATER: *Delitos impropios de omisión*. cit. pág.109; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.562.

¹¹⁰³En el Derecho alemán, al señalar el parágrafo 13 del StGB que sólo puede ser autor por omisión "quien omite prevenir un resultado que pertenece al tipo de una ley penal", la doctrina mayoritaria considera que únicamente los delitos de resultado pueden ser cometidos en comisión por omisión. En este sentido, vid. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.551, quien considera que los delitos propios de omisión son, consecuentemente, el contrapunto de los delitos de pura actividad; WESSELS: *Strafrecht. AT*. 25. Aufl. 1995, Heidelberg, § 16, Rn.697 (pág.210); LACKNER: *StGB und Nebengesetze*. 21. Aufl. 1995, § 13, Rn.5 (pág.79).

Aplican el parágrafo 13 a los delitos de actividad, entre otros, STREE en SCHÖNKE/ SCHRÖEDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, § 13, Rn.3 (pág.187); DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 13, Rn.3 (pág.83). Este sector doctrinal fundamenta su opinión en que el resultado a que alude el parágrafo 13 StGB no tiene por qué ser interpretado en sentido naturalístico, por lo que también cabría la comisión por omisión de los delitos de mera actividad.

Por su parte, el artículo 40 párrafo segundo del *Codice penale* italiano sólo se refiere asimismo a los delitos de resultado, y es interpretado de forma unánime en dicho sentido. Vid. ROMANO: *Commentario sistematico del Codice penale*. 1987, cit. art.40, núm.24 y siguiente; FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*. 1989, cit. pág.437; GRASSO: *Il reato omissivo improprio*. cit. págs.131 y siguientes; SGUBBI: *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*. cit. pág.166. En la doctrina especializada en delitos societarios, vid. por todos CHIARAVIGLIO: *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato dell'amministratore e dolo eventuale*. cit. pág.199, nota núm.13.

la no evitación del resultado típico¹¹⁰⁴, esto es, el desvalor se concentra en la producción del resultado de lesión o de peligro, mientras que los delitos de omisión pura o propia son los correspondientes a los delitos de mera actividad¹¹⁰⁵.

La afirmación conforme a la cual los delitos de comisión por omisión requieren para su consumación la producción de un resultado naturalístico no supone que, de forma semejante a lo que ocurre en los delitos comisivos, dicho resultado haya sido causado por la omisión, sino que se imputa objetivamente al omitente¹¹⁰⁶. Veremos posteriormente cómo en los delitos de comisión por omisión la causalidad material no es requisito previo de la imputación objetiva del resultado, pese a lo cual puede decirse que, desde el punto de vista social o normativo, son omisiones que crean o aumentan de modo concreto el peligro de lesión del bien jurídico penalmente protegido¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁴Vid. SILVA SANCHEZ: El delito de omisión. cit. pág.351.

¹¹⁰⁵OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho Penal. Parte General. 1986, cit. pág.561, califican los delitos de omisión propia como "delitos de mera inactividad".

¹¹⁰⁶Vid. BUSTOS RAMIREZ: Manual de Derecho penal. Parte general. 4. ed. 1994, cit. págs.379 y siguiente; MUÑOZ CONDE: Teoría general del delito. 1989, cit. pág.43.

En efecto, es mayoritario el sector doctrinal que niega la eficacia causal de la omisión en sentido naturalístico. Vid. en Alemania, por todos, DREHER/ TRÖNDLE: StGB und Nebengesetze. 47. Aufl. 1995, cit. § 13, Rn.20 (págs.90 y siguiente); MAIWALD: Kausalität und Strafrecht. 1980, pág.83; KAUFMANN: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. cit. págs.59 y siguientes; STRATENWERTH: Strafrecht. AT. I. 3. Aufl. 1981, cit. § 13, Rn.1023 (pág.277). En contra, vid. BAUMANN/ WEBER: Strafrecht. AT. 9. Aufl. 1985, cit. pág.239; PUPPE, I.: Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht. "ZStW" 1980, págs.895 y siguientes.

¹¹⁰⁷Cfr. LUZON PEÑA: Participación por omisión y omisión de impedir delitos. cit. pág.545; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. cit. págs.209 y siguientes. Ambos autores remiten a los criterios defendidos por GIMBERNAT ORDEIG en seminarios y conferencias como precedente de su tesis.

Como hemos adelantado, el problema fundamental de la comisión por omisión, al cual dedicaremos las siguientes páginas, se centra en la determinación de las condiciones en las que cabe decir que la no evitación del resultado es estructural y materialmente idéntica a su causación mediante una conducta activa¹¹⁰⁸. Se trata, a juicio de STRATENWERTH¹¹⁰⁹, "de establecer si, y en qué medida, la omisión presenta las modalidades de comportamiento activo que la ley menciona en el supuesto de hecho de los delitos de comisión, y si éstas pueden realizar el contenido específico de ilicitud". La doctrina mayoritaria considera que dicha cuestión puede resolverse acudiendo al criterio de la posición de garante. No obstante, conviene advertir que en este punto "se ha pasado de tesis tradicionales ampliatorias del ámbito de incidencia de la comisión por omisión a tesis mucho más restrictivas en el momento contemporáneo"¹¹¹⁰.

7. 9. 4. 1. Determinación de las condiciones que permiten afirmar la comisión por omisión.

Para determinar cuándo hay comisión por omisión se manejan en la doctrina diversos criterios, gozando actualmente de

¹¹⁰⁸Cfr., entre otros, HUERTA TOCILDO: Problemas fundamentales de los delitos de omisión. cit. pág.161; JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.546; SILVA SANCHEZ: Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. cit. pág.368; ZUGALDIA ESPINAR: Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal. cit. pág.574.

¹¹⁰⁹STRATENWERTH: Derecho penal. Parte General. I: El hecho punible. Trad. de la 2ª ed. alemana de 1976, Madrid, 1982, pág.306.

¹¹¹⁰SILVA SANCHEZ: Política criminal y reforma legislativa en la <<comisión por omisión>>. cit. pág.1070. x

predominio el de la posición de garante¹¹¹¹, como ya hemos adelantado, entendida según los casos de manera formal (*formelle Rechtspflichtlehre*) o material (*materielle Rechtspflichtlehre* o *Funktionslehre*)¹¹¹². Se sostiene así que quien ocupa una posición de garante respecto de un determinado bien jurídico responde de su lesión, igual que si la hubiera realizado activamente, cuando pudiendo no la evita; la posición de garantía es considerada, en los delitos de resultado, requisito necesario y suficiente de la equiparación de la omisión con la comisión activa.

El problema radica en que, a pesar de haberse encontrado aparentemente la forma de subsumir la comisión por omisión en el tipo legal, de manera que quedara a salvo el aspecto más formal del principio de legalidad, y haberse alcanzado de la misma forma un criterio con el que dilucidar quiénes entre los omitentes son autores de un delito en comisión por omisión, y quiénes son autores de un delito de omisión propia (el de la existencia de un deber de garantía que permite imputar objetivamente a ciertas personas el resultado no evitado), el

¹¹¹¹Vid. por todos JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.546 y siguientes; GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. cit. págs.71 y siguientes; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.333 y siguientes.

Se habla así de delito de omisión de todo el mundo, "*Jedermanns-Unterlassungsdelikt*", y delito de omisión de garante, "*Garanten-Unterlassungsdelikt*", distinción que parte de la observación de que la concurrencia de una posición de garante en el sujeto determina el surgimiento de un deber especial, más intenso, como señala SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. pág.334.

¹¹¹²Actualmente la doctrina española mayoritaria tiende a un entendimiento material. Vid. por todos SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. pág.370. En general estas dos tendencias no están radicalmente separadas, lo que ha llevado a algunos autores, como JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*. cit. pág.565, a propugnar una conjunción de ambos criterios.

núcleo de la cuestión permanece indeterminado¹¹¹³. Todavía subsiste la pregunta acerca de cuándo una persona ha de ser considerada garante del bien jurídico de que se trate.

La argumentación tradicional para la posición de garante se conectó en Alemania con la razón formal del origen de los deberes jurídicos y los apoyó en la ley, el contrato y el precedente hacer peligroso¹¹¹⁴, añadiendo la jurisprudencia las estrechas relaciones de vida como base de la posición de garante, un paso que inicia el tránsito hacia la actual consideración material predominante¹¹¹⁵. La nueva doctrina acerca de la posición de garante, fundada por Armin KAUFMANN¹¹¹⁶, distingue dos grupos¹¹¹⁷: a) garantes que han

¹¹¹³Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.574. Vid. también ROMEO CASABONA: **Límites de los delitos de comisión por omisión**. cit. págs.38 y siguientes.

¹¹¹⁴La concepción formal fue sostenida en Alemania, entre otros, por MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF: **Strafrecht. AT. 2. 7. Aufl.** 1989, § 46 II, Rn.57 y siguientes (págs.195 y siguientes); WELZEL: **Das deutsche Strafrecht**. 11. Aufl. 1969, cit. págs.213 y siguientes; DREHER/ TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze**. 47. Aufl. 1995, cit. § 13, Rn.5 y siguientes (págs.84 y siguientes); BAUMANN/ WEBER: **Strafrecht. AT. 9. Aufl.** 1985, págs.246 y siguientes.

¹¹¹⁵Vid. MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF: **Strafrecht. AT. 2. 7. Aufl.** 1989, cit. § 46 II, Rn.88 y siguientes (págs.203 y siguiente).

¹¹¹⁶Vid. KAUFMANN: **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**. cit. págs.283 y siguientes. Su "teoría de las funciones" ha hecho fortuna en la doctrina española, según indican OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.579.

¹¹¹⁷Cfr. en Alemania, entre otros, JESCHECK: **Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado**. cit. pág.86; y LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21 Aufl. 1995, cit. § 13, Rn.12 (págs.82 y siguiente), quien ofrece una visión general. En España, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. págs.579 y siguientes. En Italia la bipartición fue asumida, entre otros, por FIANDACA: **Il reato commissivo**. cit. *passim*, y SGUBBI: **Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento**. cit. *passim*.

de cumplir una función protectora para ciertos bienes jurídicos, defendiéndolos contra toda puesta en peligro o daño jurídico-penalmente relevante en función de la solidaridad natural en el matrimonio y la familia o las estrechas relaciones de comunidad, afirmando TIDEMANN que los miembros del consejo de vigilancia de una sociedad son garantes de control en favor de terceros frente a hechos punibles cometidos por el consejo de administración¹¹¹⁸. Ahora bien, señala CRAMER que no se trata de una opinión mayoritaria¹¹¹⁹. Y b) garantes por asunción voluntaria de un deber de cuidado frente a la persona en peligro o frente a un tercero en provecho de aquél, señalando nuevamente TIEDEMANN que los miembros del consejo de vigilancia son asimismo garantes de protección en favor del patrimonio social frente a los perjuicios causados por el consejo de administración¹¹²⁰. Se estima que dentro de esta categoría se encuadra el deber de garante derivado del previo hacer peligroso¹¹²¹.

Como vemos, se ha tratado de deducir el común fundamento del deber de garantía a partir del examen de las posiciones que doctrina y jurisprudencia han ido señalando progresivamente. Según este sector, es garante quien se halla en situación de proximidad, no sólo física sino también social, a una persona o cosa que puede representar un peligro para los bienes

¹¹¹⁸Cfr. TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. pág.322, quien considera que se trata de un deber especial que fundamenta sin más requisitos una responsabilidad penal por el resultado, apoyándose en LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 17. Aufl. 1987, cit. § 13, Rn.3a.

¹¹¹⁹Cfr. CRAMER: *Rechtspflicht des Aufsichtsrats*. cit. pág.564.

¹¹²⁰Cfr. TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. págs.322 y siguiente.

¹¹²¹Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal*. cit. págs.38 y siguientes y 42.

jurídicos más importantes¹¹²² y, por tanto, está en mejores condiciones que otras personas para evitar que el peligro llegue a suponer la afección de los bienes jurídicos en forma de resultado típico, con la consiguiente dependencia del titular del bien jurídico en peligro respecto a la prestación impeditiva del resultado por parte de quien se halla en tales condiciones¹¹²³.

Dentro del primer grupo de posiciones de garante, sobre la base de la defensa de determinados bienes jurídicos, la doctrina suele incluir los deberes impuestos en razón de la posición de órgano representativo. Se afirma en este caso que la situación de las personas jurídicas, que únicamente pueden actuar mediante sus órganos, hace surgir respecto de los miembros de los órganos de administración determinados deberes en relación a los bienes jurídicos e intereses de dichas personas jurídicas¹¹²⁴. En el ámbito societario, afirma

¹¹²²Generalmente la vida, la integridad física y la libertad sexual, si bien en algunos casos se admite asimismo el patrimonio. Este planteamiento limitador es defendido, entre otros, por VERHAEGEN: *Les incertitudes de la repression de l'omission en droit pénal belge*. "RIntDP" 1984, Vol.55, pág.568. En España vid. RODRIGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal*. cit. pág.114; HUERTA TOCILDO: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. cit. págs.167 y siguientes, que excluye el patrimonio del catálogo de bienes jurídicos a tener en cuenta en la regulación de la comisión por omisión.

¹¹²³Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.583; HUERTA TOCILDO: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. cit. págs.171 y siguientes. En Alemania, vid. por todos NAGLER: *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*. en *Gerichtssaal*, 1938, 1, págs.55 y siguientes. En Italia, vid. FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*. 1989, cit. pág.448.

¹¹²⁴Cfr. BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.385. BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho penal. Parte general*. 3. ed. 1994, cit. pág.264, entre otros, considera que el caso de "los administradores o empleados jerárquicos privados" se incluye entre las posiciones de garante emanadas de un deber de cuidado de una fuente de peligro.

En la literatura alemana la cuestión aquí planteada ha

TIEDEMANN¹¹³⁵ que los miembros del Consejo de vigilancia de la sociedad se hallan en una posición de garantía ante las conductas constitutivas de infidelidad patrimonial (*Untreue*), cometidas por gerentes y miembros del Consejo de administración, de forma que puede imputarse la comisión de un delito de infidelidad patrimonial a título de autoría en comisión por omisión a aquellos miembros del Consejo de vigilancia que, conociendo la vulneración del deber de cuidado patrimonial de gerentes y consejeros, fuesen conscientes también del perjuicio patrimonial causado a la sociedad. Acaba por configurarse una responsabilidad penal de los miembros de los órganos de administración y vigilancia de las sociedades por culpa *in vigilando*, una suerte de "responsabilidad por la posición"¹¹³⁶ que no encuentra, al menos en nuestro Derecho, fundamento normativo, además de que constituye una trasposición injustificada de criterios de imputación de la responsabilidad

merecido una amplia atención. Se han manifestado a favor de una posición de garante que afecta al director del establecimiento, y que se extiende parcialmente hacia abajo a través de cada acto de aceptación descentralizador, por todos, PFLEIDERER, K.: *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*. Berlin, 1968, pág.133; y SCHÜNEMANN: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*. 1971, págs.297 y siguientes, 328 y siguientes.

En Italia, a favor de introducir la *negotiorum gestio* entre las fuentes de las posiciones de garantía, vid. por todos GRISPIGNI: *Diritto penale*. cit. pág.55; CARACCIOLI: *Voce Omissione (dir. pen.)*. en "Noviss. dig. it.", XI, Torino, 1965, pág.896 y siguiente; FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*. 1989, cit. pág.454; GRASSO: *Il reato omissivo improprio*. cit. págs.338 y siguientes.

¹¹³⁵Cfr. TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. págs.319 y siguientes. Esta es también la posición mayoritaria en la jurisprudencia alemana, que imputa a título de comisión por omisión casos como la violación del deber de cuidado de los miembros del Consejo de vigilancia con respecto a la actuación desleal de los gerentes o miembros del Consejo de administración. Cfr. LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.2 (pág.1122); MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.282.

¹¹³⁶Cfr. ASSUMMA en FIORE/ ASSUMMA/ BAFFI: *Gli illeciti penali degli amministratori e sindaci delle società di capitali*. cit. pág.33.

civil. No obstante, tampoco está claro para la corriente doctrinal que analizamos el que en los supuestos de órganos colegiados de una persona jurídica, y en particular de una sociedad mercantil, tengan dichos órganos la obligación jurídico-penal de impedir que otros órganos de la misma empresa cometan delitos en perjuicio de los socios o de la comunidad en general, a pesar de carecer de poder de decisión al respecto¹¹²⁷. Y en este sentido un sector considerable aunque minoritario objeta que, por principio, nadie tiene un deber de garante de impedir los hechos punibles de otras personas que actúan libre y responsablemente¹¹²⁸.

¹¹²⁷TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. pág.167.

En Italia la doctrina ve, en casos como el del artículo 2632 C.c., que prescribe una obligación a cargo de los miembros de los órganos de vigilancia de la sociedad de impedir el delito de reparto ilegal de beneficios (artículo 2621. 2), la configuración de una posición de garantía que da lugar a un delito de comisión por omisión. Cfr. GRASSO: *Il reato omissivo improprio*. cit. pág.357. Esta posición se fundamenta, según COLIVA: *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci*. en DI AMATO: *Trattato di diritto penale dell'impresa*. II. cit. pág.209, en la dicción literal del artículo 2403 C.c., resultado de la nueva redacción efectuada a raíz de la promulgación del D.L. 9 abril 1991, n.127, de actuación de las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE, relativas a las cuentas anuales y consolidadas:

Artículo 2403 C. c.: "*Il collegio sindacale deve controllare l'amministrazione della società, vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo ed accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio (2423) alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'articolo 2426 per la valutazione del patrimonio sociale (2407)...*".

No obstante, se ha denunciado también la actitud desmesuradamente extensiva de la jurisprudencia, que hace responsables en comisión por omisión a los miembros de los órganos de vigilancia por no impedir a los administradores la comisión de delitos comunes. Cfr. STELLA, F./ PULITANO, D.: *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*. "Riv. trim. dir. pen. ec." 1990, pág.560. Vid. una breve reseña jurisprudencial en COLIVA: *Illegale ripartizione di utili e responsabilità dei sindaci*. cit. pág.210, nota núm.64.

¹¹²⁸Señala TIEDEMANN: *Lecciones de Derecho Penal Económico*. cit. pág.167, que la alegación del principio de autonomía humana sirve, con razón "como un principio limitador de la responsabilidad penal y ha sido aceptado recientemente por la

Consecuentemente, sólo el dominio material sobre los objetos peligrosos del establecimiento podría entrar en consideración como fundamento de un deber de garante de controlar esa fuente material de peligro¹¹²⁹, resaltando no obstante algún autor "que el denominar a un trabajador <<fuente de peligro>> por la que el superior tiene que velar sería, por lo menos, difícilmente compatible con el uso normal del idioma"¹¹³⁰. Como señala MIR PUIG¹¹³¹, "para que rijan los principios derivados del deber de control de una fuente de peligro es preciso, por de pronto, que el deber de vigilancia abarque, en particular, la obligación de controlar una específica peligrosidad que encierre el vigilando"; ello no sucede, en principio, respecto de los superiores jerárquicos, y todavía con más razón respecto de los propios iguales en la escala jerárquica de la empresa.

Cabe señalar, abundando en esta dirección, que la moderna división de la posición de garante, bien para la defensa de un determinado bien jurídico, bien para asegurar una determinada fuente de peligro, es demasiado poco específica como para deducir de ella exigencias en cuanto al contenido de las particulares posiciones de garante.

Como se puede observar, la teoría de la posición de garante se encuentra, a la hora de definir en qué consiste dicha posición, ante un problema poco menos que insoluble. Una definición que quiera eludir la tautología o el mero listado

jurisprudencia alemana en casos de imprudencia". Vid. en general SCHUMANN: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen, 1986.

¹¹²⁹Cfr., entre otros, VOLK: *Introduzione al diritto penale tedesco*. cit. pág.127.

¹¹³⁰Cfr. SCHÜNEMANN: *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. cit. págs.535 y siguiente.

¹¹³¹MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.344.

casuístico debe tratar de fijar materialmente, esto es, a partir de consideraciones axiológicas de gravedad sobre pautas de naturaleza jurídico-penal, una delimitación suficiente en el amplio número de las posiciones sociales de responsabilidad¹¹³². Como señala JESCHECK, recogiendo en este punto un sentir general de la doctrina, el estado de la dogmática en el momento actual no permite hacer todavía una regulación definitiva en la Parte general que ofrezca una descripción detallada de las posiciones de garante¹¹³³, razón por la cual concluye que "por eso no cabe exigir del legislador otra cosa que una cláusula general de clara estructura"¹¹³⁴.

Ante semejante indeterminación, en la exposición que sigue considero, con un sector doctrinal minoritario, representado por GIMBERNAT ORDEIG, LUZON PEÑA y DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, que la teoría de la posición de garante como fundamento único de la comisión por omisión es incorrecta y debe ser rechazada. No

¹¹³²Cfr. SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. pág.334. Una exposición de las más importantes teorizaciones aparecidas, desde la segunda mitad de este siglo, en el seno de la doctrina alemana en relación con los fundamentos materiales de las posiciones de garantía, en HUERTA TOCILDO: **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. cit. págs.77 y siguientes.

¹¹³³Recalca el autor alemán, en su **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.555, nota núm.58, que todos los intentos de regular la posición de garante han sido hasta el momento insatisfactorios, observación que extiende tanto a las posturas que remiten el problema a la Parte especial como a las partidarias de una regulación más concreta en la Parte general. En el mismo sentido, vid. FIANDACA/ MUSCO: **Diritto penale. Parte generale**. 1989, cit. pág.434.

¹¹³⁴JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.555. No obstante, algún autor ha manifestado serios reparos a la regulación de la comisión por omisión mediante una cláusula general de equiparación, alegando que daría argumentos legales a la tendencia a ampliar el ámbito de estos delitos, cuando "en cambio, lo que corresponde es lo contrario, aplicar los criterios generales restrictivos del derecho penal a la creación de estos injustos, más aún si sólo surgen en gran medida del intérprete". BUSTOS RAMIREZ: **Manual de Derecho penal. Parte general**. 4. ed. 1994, cit. pág.384.

toda posición de garante fundamenta la comisión por omisión¹¹³⁵. "Si no se quiere infringir el principio de legalidad (aspecto formal, de hondas repercusiones materiales) ni contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico-valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión pura (aspecto material), es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, y además por haber peculiares exigencias adicionales o específicas en la descripción legal, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal"¹¹³⁶. No se trata, como algún autor ha señalado

¹¹³⁵Vid. GIMBERNAT ORDEIG: **El comportamiento típico en el robo con homicidio**. "ADPCP" 1964, pág.552; del mismo autor: **Recensión a la obra de Enrique Bacigalupo: Delitos improprios de omisión**. cit. pág.726; del mismo autor: **Estudios de Derecho Penal**. 1990, cit. pág.194, nota núm.40; LUZON PEÑA: **Estudios Penales**. cit. págs.235 y siguientes; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: **Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión**. cit. págs.209 y siguientes. Vid. también SILVA SANCHEZ: **Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención**. cit. pág.369.

A esta conclusión se ha llegado también en Alemania en algún momento. En este país, la existencia de un segundo criterio de equivalencia, junto a la posición de garante, constituido por la exigencia de que la omisión equivalga "a la realización de un tipo penal por medio de un acto positivo", ha llevado a sectores de la doctrina a concluir que no basta con que se trate de la no evitación del resultado típico por el garante para apreciar la comisión por omisión. Vid. por todos ROXIN en ROXIN/ STREE/ ZIPF/ JUNG: **Einführung in das neue Strafrecht**. München, 1974, págs.4 y siguientes, quien, desde la aceptación de la posición de garante como fundamento de la comisión por omisión, trata de conciliar las dos partes del parágrafo 13 StGB, de manera que siga siendo cierto que la no evitación del resultado por el garante se equipara a la causación activa de dicho resultado, y que ello no obstante no pueda decirse que la segunda parte de la fórmula sea superflua.

¹¹³⁶LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos**. cit. pág.541. En el mismo sentido se ha manifestado en repetidas ocasiones DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: **La autoría en Derecho penal**. cit. pág.173; **Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión**. cit. pág.209; **Comisión de socorro a la propia víctima**. cit. pág.207.

En una dirección no muy alejada, vid. SILVA SANCHEZ: **El delito de omisión**. cit. págs.369 y siguientes; del mismo autor

críticamente, de prescindir de la posición de garante como elemento normativo del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión¹¹³⁷, sino de sumarle otro requisito que determine la comisión por omisión.

Ahora bien, el problema de la comisión por omisión vuelve a centrarse entonces en determinar cuándo la no evitación del resultado de lesión o peligro equivale, según el sentido del texto de la ley, a su causación.

De nuevo con LUZON PEÑA, creo que la comisión por omisión es directamente subsumible en el tipo correspondiente "cuando la propia omisión crea el peligro de lesión para el bien jurídico, pues entonces hace lo mismo que la causación activa del resultado lesivo"¹¹³⁸. Reconoce el mismo autor que también

Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. cit. pág.369. SILVA entiende que no basta con la concurrencia de una posición de garantía para que el sujeto responda en comisión por omisión, ya que debe examinarse adicionalmente la concurrencia específica de los elementos de la equiparación, que sitúa en torno al compromiso efectivo del sujeto y la identidad de estructuras, en el plano normativo, entre la comisión activa y la comisión por omisión.

Una construcción próxima a las anteriores, pero matizada, es la desarrollada por MIR PUIG: **Adiciones II.** págs.874 y siguiente; del mismo autor: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. págs.334 y siguientes.

¹¹³⁷Así, GRACIA MARTIN: **Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II).** cit. marginal 363.

¹¹³⁸LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos.** cit. pág.544. Vid. del mismo autor: **Omisión de socorro: Distinción entre omisión propia e impropia.** cit.; y **Derecho Penal de la Circulación.** 1990, cit. págs.126 y siguientes; en un sentido próximo, MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. pág.334.

Vid. críticamente GRACIA MARTIN: **Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II).** cit. marginales 362 y siguientes, y en DIEZ RIPOLLES/GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales.** cit. págs.78 y siguientes, quien, pese a considerar la tesis del sector representado por LUZON como el camino adecuado para resolver los problemas de la comisión por omisión, no acepta que la omisión pueda crear o aumentar el riesgo ni siquiera en

puede haber comisión por omisión no sólo cuando la omisión misma crea o desencadena el peligro, sino además cuando aumenta un peligro preexistente, esto es, cuando crea de modo decisivo más riesgo¹¹³⁹. El aumento del peligro supone la existencia de una situación previa de cierto riesgo, si bien éste es genérico o está controlado, que aumenta su gravedad debido a la omisión, convirtiéndose en un peligro concreto o descontrolado. En estos casos de creación o aumento del peligro decisivo por la omisión puede afirmarse que ésta actúa de modo idéntico y totalmente equivalente a la comisión activa, aunque no exista una causalidad material como en el hacer activo¹¹⁴⁰.

Cabe exigir, pues, una "identidad material y estructural" de la omisión con la causación activa en el plano de lo normativo, identidad que se manifiesta como un importante instrumento de política criminal, desde el momento en que supone una conformación restrictiva de las situaciones de comisión por omisión¹¹⁴¹. Y ello puesto que no toda omisión

un sentido normativo-social, prefiriendo fijar el contenido de lo injusto de la omisión en referencia a la acción no realizada, de forma que la cuestión decisiva será la de determinar cuál es la concreta acción debida cuya omisión puede fundamentar un contenido de injusto idéntico al de la acción positiva. Vid. también en sentido crítico CEREZO MIR: **Estudios sobre la moderna reforma penal española**. 1993, cit. pág.201: "la omisión no es causal... La omisión... nunca crea o aumenta el peligro de la producción del resultado".

¹¹³⁹Cfr. LUZON PEÑA: **Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia**. 1985, cit. págs.126 y siguientes.

¹¹⁴⁰Cfr. LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos**. cit. pág.544.

¹¹⁴¹La tesis de LUZON propone, en realidad, más que prescindir de la posición de garante, excluir de la responsabilidad del garante los casos en los que el peligro provenga de la acción de un tercero, de la propia víctima o de un suceso natural, admitiendo la posición de garante, aunque limitada en su alcance. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: **La <<ayuda omisiva>> al suicidio y la equivalencia de la omisión con la realización activa del tipo penal en la dogmática española**. cit. pág.31.

aumenta el riesgo de producción del resultado; en este sentido, debe diferenciarse claramente entre el no impedir o evitar un suceso, que deja intacto el grado de posibilidades de que se produzca al permitir que el peligro siga su curso autónomo, y el facilitar ese mismo suceso, aumentando las posibilidades de producción con un factor nuevo¹¹⁴².

Resumiendo, sólo en los casos en que la misma omisión crea, desencadena o aumenta el peligro de lesión hay comisión por omisión del delito de resultado. En los restantes casos, en que la omisión se limita a la no intervención ante un peligro ya existente, sin crearlo ni aumentarlo, dejando que siga su curso por sí solo, no hay comisión por omisión aunque el omitente sea garante, sino omisión propia.

Así, la administración social fraudulenta puede producirse mediante comisión por omisión, según la doctrina mayoritaria. Se trataría, por ejemplo, del caso del administrador de una

¹¹⁴²De esta forma, se puede apreciar comisión por omisión cuando la posición del sujeto determina que no haya peligro o que, dada su función social absolutamente normal y habitual para eso, si hay un cierto peligro, social y normativamente se considera que está perfectamente controlado o es inexistente mientras el sujeto cumpla su función normal o específica. En estos casos, si el sujeto omite cumplir su deber y desempeñar su función, entonces cabe considerar que la propia omisión crea el peligro, hasta ese momento inexistente o controlado, puesto que lo desencadena y descontrola; o bien si se considera que ya había un cierto riesgo, pero controlado, la propia omisión, al descontrolarlo, eleva enormemente las posibilidades de lesión. Cfr. LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos**. cit. págs.544 y siguientes. De modo similar, exigiendo para la comisión por omisión que el sujeto goce de una situación de dominio sobre la producción del resultado, vid. BACIGALUPO ZAPATER: **Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal**. cit. págs.43 y siguiente; ZUGALDIA ESPINAR: **Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal**. cit. pág.586.

Siguiendo este criterio se pueden resolver los casos dudosos que analiza la doctrina, como el de si en la estafa el silencio de quien no corrige el error en el que se encuentra la víctima equivale al engaño activo.

sociedad mercantil que, encargado de vender acciones, no lo hace en el momento oportuno, es decir, cuando resultaba posible la obtención de un mayor lucro, perjudicando con ello a la sociedad o a los socios, y buscando un beneficio personal o para un tercero. Esta conducta podría subsumirse en el artículo 296 del PCP de 1994, tipo consistente en causar, con abuso de confianza, un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero.

Ahora bien, el específico injusto de la acción en algunos delitos comisivos no consiste únicamente en la causación del resultado típico, sino también en la forma de cometerse el hecho. Cabe preguntarse en estos supuestos si la conducta omisiva puede considerarse estructural y materialmente equivalente a la comisiva. La doctrina dominante tanto en Alemania e Italia como en España estima que no será así en los delitos de propia mano, en los delitos que castigan una determinada conducción de la vida y los delitos de apropiación¹¹⁴³, así como en los delitos en los que la naturaleza del resultado conduce a la misma situación¹¹⁴⁴, presentando especiales problemas la clase de los delitos con modalidades de realización determinada¹¹⁴⁵. Por ello, la

¹¹⁴³Cfr. SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. págs.357 y siguiente, con amplia información bibliográfica; FIANDACA/MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*. 1989, cit. pág.436.

¹¹⁴⁴Por ejemplo, mutilar.

¹¹⁴⁵En Italia llamados "*reati a forma vincolata*", para distinguirlos de los "*reati a forma libera*". Vid. sobre esta distinción ANTOLISEI: *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 13. ed. 1994, cit. págs.244 y siguiente. También se conocen como "*reati a causalità aperta*". Cfr. NUVOLONE: *L'omissione nel diritto penale italiano*. cit. pág.435. Señala CARACCIOLI: *Voce Omissione (Diritto penale)*. cit. pág.896, que en los delitos de comisión por omisión se trata de tipos en los que la naturaleza de la conducta constitutiva no se describe, poniéndose el acento en el resultado, o bien la individualización de los elementos constitutivos de la conducta se hace de modo que consiente o exige un comportamiento de carácter negativo.

La doctrina mayoritaria alemana admite su realización en

comisión por omisión encuentra su mejor acogida en los delitos llamados "resultativos", es decir, en aquellos en que "el tipo de delito de resultado gravita esencialmente sobre la dolosa producción de éste, sin precisar como debe acontecer"¹¹⁴⁶, como sucede en el artículo 296 del PCP de 1994. Esta referencia al resultado debe interpretarse, como afirma LAURENZO COPELLO en relación al artículo 10 del PCP de 1992, como "efecto sobre el bien jurídico, entendiéndolo en tal sentido como aplicable únicamente a los delitos de peligro concreto, donde puede ya hablarse de una "perturbación del objeto de tutela"¹¹⁴⁷. Con respecto a los delitos de peligro abstracto, sólo si se considera el "peligro de lesión" para el bien jurídico

comisión por omisión a través de la aplicación del parágrafo 13 StGB, estimando que a estos delitos, una vez constatada la existencia de una posición de garante, debe aplicarse la cláusula de equivalencia que recoge dicho parágrafo. Vid. no obstante SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht. AT. Lehrbuch*. 2. Aufl. 1975, cit. pág.411.

¹¹⁴⁶QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte General*. 1992, cit. pág.358. Vid., por todos, CORDOBA RODA en CORDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*. I. 1972, cit. págs.7 y siguientes; RODRIGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal*. 1966, cit. págs.106 y siguiente. Se suele señalar por la doctrina que "sólo es posible cometer por omisión los denominados <<delitos resultativos>>, es decir, aquellos tipos penales que describen sólo el resultado típico, pero no aluden a la forma de la acción que conduce al resultado". GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.586, quien, no obstante, en la pág.604 señala que, si bien es más fácil que la equiparación aparezca en los delitos resultativos que en los que existe una forma específica de la acción, ello no significa que todos aquéllos y ninguno de éstos admitan la equiparación. La estafa constituye un ejemplo claro de las dificultades que encuentra la doctrina en determinar si un delito con modalidad de realización determinada es comisible mediante omisión. Vid., por todos, BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.273 y siguientes; VALLE MUÑIZ: *El delito de estafa*. cit. págs.179 y siguientes.

¹¹⁴⁷Cfr. LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho Penal*. cit. págs.23 y siguientes, nota núm.21, y págs.177 y siguientes. En contra, vid. por todos GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II)*. cit. marginal 366.

protegido como el resultado estructural, un suceso que puede distinguirse al menos lógicamente de la acción misma, al modo en que lo entiende MARTIN, no hay inconveniente en admitir respecto de ellos la comisión por omisión¹¹⁴⁸. En todo caso, no cabe duda de que el problema debe resolverse para cada tipo delictivo por separado¹¹⁴⁹.

En este esquema la posición de garantía aparece no sólo como característica objetiva de la autoría en el tipo del delito omisivo impropio, convirtiendo estos delitos en delitos especiales¹¹⁵⁰, sino como primer requisito de la imputación

¹¹⁴⁸En este sentido se manifiesta expresamente este autor. Cfr. MARTIN: *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*. Freiburg i. B. 1989, págs.82 y siguientes y 115. Vid. también MAQUEDA ABREU: *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*. cit. marginal 483, nota núm.5. Críticamente con respecto a las tesis de MARTIN, cfr. LAURENZO COPELLO: *El resultado en Derecho penal*. cit. págs.180 y siguiente.

¹¹⁴⁹En este sentido, vid. STRATENWERTH: *Derecho Penal. Parte General*. 1982, cit. pág.306. Admite la comisión por omisión con respecto a delitos en que el tipo describe medios de comisión determinados sobre la base de un entendimiento social de lo injusto típico, MIR PUIG: *Adiciones de Derecho español*. Vol. II. 1981, cit. pág.875; del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.329. Con otros argumentos, vid. también SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*. cit. págs.359 y siguientes; del mismo autor: *Aspectos de la comisión por omisión*. cit. págs.376 y siguientes y 395 y siguientes.

Y ello puesto que la jurisprudencia ha admitido la comisión por omisión de delitos que, tradicionalmente, han venido siendo considerados como de los más casuísticamente regulados en cuanto a la forma de la acción, como ha sucedido con el delito de estafa. Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.273; GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. págs.604 y siguiente.

¹¹⁵⁰Cfr. WELZEL: *Lehrbuch*. cit. pág.201; KAUFMANN: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen, 1959, págs.280 y siguientes y 305; FIANDACA/ MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*. 1989, cit. pág.448. A juicio de GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II)*. cit. marginal 363, nota núm.312, los elementos de la autoría de los delitos especiales son ya elementos de la posición de garante, de modo que los delitos especiales son delitos de garante. Más ampliamente,

objetiva del resultado no evitado al omitente¹¹⁵¹. Pero la tipicidad de la comisión por omisión no vendrá dada por el mero hecho de que haya sido un garante quien no ha evitado el resultado, si la conducta omisiva no equivale estructural y materialmente a la comisiva¹¹⁵². El legislador ha de orientar su labor en el sentido de facilitar criterios funcionales o materiales de autor, pues sólo éstos permitirán captar la posible identidad entre acción y omisión. Tales criterios pueden centrarse en la comprobación de la situación de dominio fáctico y de privilegio que se genera entre el sujeto activo y el bien jurídico penalmente protegido, en cuanto acceso al mismo y correlativa vulnerabilidad del bien jurídico en relación con dicho sujeto¹¹⁵³.

¿Qué consecuencias se derivan de lo que hasta aquí hemos tratado acerca de la comisión por omisión, una vez puesto en

vid. del mismo autor: **El actuar en lugar de otro**. I. cit. págs.372 y siguientes, y en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. cit. pág.73.

¹¹⁵¹Cfr. HUERTA TOCILDO: **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. cit. pág.173.

¹¹⁵²Teniendo en cuenta este dato, la enmienda núm.1083, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), al artículo 11 del PCP de 1994 solicita la adición de un párrafo final del siguiente tenor:

"Si pese a concurrir un deber especial en el sujeto, la omisión no fuera equivalente según el sentido del texto de la Ley a la causación activa del resultado, se aumentará en uno o dos grados la pena correspondiente en su caso a la omisión, pero sin que pueda exceder de la mitad inferior de la pena aplicable al delito de resultado".

Esta adición se justifica, según el grupo firmante, en la "existencia de una franja intermedia de omisiones entre la omisión del deber de socorro y la comisión por omisión. Se trata de las denominadas <<omisiones puras de garante>>".

¹¹⁵³Cfr. ROMEO CASABONA: **Límites de los delitos de comisión por omisión**. cit. pág.45, siguiendo a GRACIA MARTIN: **El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal**. I. cit. págs.366 y siguientes. Vid. también GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. cit. págs.78 y siguientes.

relación con los delitos societarios?

En primer lugar, que la creación de tipos puramente resultativos de lesión o de peligro concreto, como tipos prohibitivos de causar, es la única vía de imputación del resultado producido al administrador que omite, una vez que el pre-legislador ha descartado la creación expresa de delitos de omisión y resultado con o sin equivalencia comisiva.

Y en segundo lugar, que el pre-legislador, si pretende evitar lagunas de punibilidad, debe eludir la contemplación de tipos societarios que contengan modalidades específicas de realización, o se configuren como de mera actividad o de peligro abstracto. Al menos el núcleo básico de los delitos societarios tendría que configurarse como delitos de resultado naturalístico, de lesión o de peligro concreto, en los que el desvalor se concentra en importante medida en la verificación del resultado¹¹⁵⁴.

Estas son las tesis finalmente adoptadas en la redacción que se ha dado en 1994 al delito de administración social fraudulenta, lo que ha producido un cambio de orientación con respecto a los precedentes. Efectivamente, la redacción del Anteproyecto que, como hemos visto, sigue el modelo del tipo de la ruptura de la fidelidad o de la deslealtad (*Treubruchtatbestand*) de la *Untreue*, permite que se llegue a causar el resultado típico del delito a través de una conducta

¹¹⁵⁴Vid. FIANDACA: *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*. cit. págs.3 y siguientes, quien considera que tal tipología delictiva es, por otra parte, el campo de actuación natural de la regla contenida en el artículo 40 del Codice penale italiano, opinión que ya había sostenido con anterioridad en su obra *Il reato commissivo mediante omissione*. cit. pág.181. Vid. también DALL'ORA: *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*. Milano, 1950, págs.94 y siguiente; MANTOVANI: *Diritto penale*. 1988, cit. págs.165 y 195.

omisiva¹¹⁵⁵, sobre todo cuando este resultado se manifiesta en su versión de ausencia de un incremento patrimonial esperado¹¹⁵⁶. De esta forma es indiferente que el sujeto activo lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido mediante la omisión del comportamiento debido o bien realizando una acción inmediatamente desventajosa¹¹⁵⁷.

7. 9. 4. 2. La regulación de la comisión por omisión en el PCP de 1994.

Como sabemos, nuestro actual Código penal, si bien conoce determinados delitos de omisión y resultado con o sin equivalencia comisiva, no contiene una fórmula general semejante a las recogidas en algunas legislaciones penales.

¹¹⁵⁵De forma semejante a lo que ocurre en la *Untreu*. En Alemania la discusión se centra en si la comisión por omisión únicamente es factible en el tipo de ruptura de la lealtad o si, por el contrario, también es viable en el tipo del abuso. Vid. por todos, ampliamente, HÜBNER: *StGB. LK.* 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.72, 88 y 90. La doctrina mayoritaria considera que es concebible la modalidad omisiva en ambos tipos, si bien se suele reconocer que la operatividad de la omisión es mayor en el tipo de ruptura de la lealtad, cuya estructura típica sí permite acoger indudablemente variadas hipótesis de ejecución por vía omisiva. Vid., por todos, ARZT/ WEBER: *Strafrecht. B.T.* cit. pág.55; DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze.* 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.6 (pág.1350); HÜBNER: *StGB. LK.* 10. Aufl. 1988, cit. § 266, Rn.72; LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.16 (pág.1976); MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT.* 1988, cit. pág.506, Rn.41.

¹¹⁵⁶Vid. MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht. BT.* 1988, cit. pág.506, Rn.41, en torno al problema de la comisión por omisión en el parágrafo 266 StGB.

¹¹⁵⁷Cfr. GRASSO: *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento.* cit. págs.885 y siguiente. Vid. asimismo ROXIN: *Täterschaft und Tatherrschaft.* 6. Aufl. 1994, Berlin/ New York, págs.461 y siguiente.

extranjer¹¹⁵⁸ en la que se definan los requisitos de la comisión por omisión. Las dificultades relacionadas con el principio de legalidad que actualmente encuentra la admisión de la comisión por omisión, al carecer de un precepto que la autorice, han sido repetidamente destacadas por la doctrina española y europea¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁸En el Derecho comparado se observan tres modelos de tratamiento de los delitos de comisión por omisión. El primero, del que es prototipo el parágrafo 13 StGB alemán, regula la comisión por omisión en la Parte general del Código penal. En el Código penal austriaco de 1974 (parágrafo 2), en el Código penal portugués de 1984 (artículo 10 párrafo segundo) y en el *Codice penale italiano* (artículo 40) se encuentran soluciones similares, que convierten a este modelo de regulación, denominado por HUERTA TOCILDO: **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. cit. pág.150, "sistema de cláusula múltiple", y por SCHÖNE: **Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz**. 1974, págs.319 y siguientes, fórmula "pluricategorial", en el más extendido en nuestro entorno jurídico.

Francia constituye el prototipo del segundo modelo, caracterizado por la ausencia de la cláusula general de equivalencia. La omisión sólo se castiga en los casos regulados legalmente en la Parte especial, resolviéndose las lagunas de punibilidad que ello comporta mediante la reinterpretación de los delitos dolosos de omisión como delitos imprudentes de comisión, y a través de unos tipos propios de omisión redactados con gran amplitud. Cfr. GRASSO: **Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento**. cit. pág.874, nota núm.3, y la bibliografía allí mencionada.

El tercer modelo supone que la responsabilidad jurídico-penal por la comisión por omisión se admite también fuera de la ley cuando existe un deber jurídico de actuar, sin que esta extensión general de los tipos penales de resultado se halle prevista expresamente en el Código penal. En este grupo se incluye el *Draft Criminal Code* inglés para Inglaterra y País de Gales, así como el caso suizo.

¹¹⁵⁹Vid. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. págs.570 y siguientes; TORIO LOPEZ: **Límites político-criminales del delito de comisión por omisión**. cit. pág.698. También MIR PUIG/ MUÑOZ CONDE: **Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal**. cit. pág.612, quienes introdujeron consecuentemente una cláusula reguladora de la comisión por omisión (artículo 5) en su Propuesta alternativa de la Parte general del Código penal del Grupo Parlamentario Comunista (PCE-PSUC) elaborada frente al Proyecto gubernamental de Código penal de 1980, que puede haber sido fuente de inspiración del texto del PCP de 1992, pues éste guarda significativas analogías con aquél.

Pese a este principio de acuerdo, se mantienen opiniones diversas acerca de la conveniencia bien de regular la comisión por omisión en la Parte general del Código penal, o bien en la Parte especial¹¹⁶⁰. Conforme hemos resaltado supra, la modalidad de cláusula general de transformación ha sido la más

La situación en la doctrina española actual es similar a la que existía en la doctrina alemana antes de la aparición del parágrafo 13 StGB. Los autores se esforzaban en justificar la punición de la comisión por omisión a través de su subsunción directa en la norma de la Parte especial en la que se contiene el delito comisivo, sin dejar de resaltar los problemas que ello generaba en relación con la prohibición de analogía *in malam partem* por la vigencia del principio de legalidad, recogido a nivel constitucional. Cfr. entre otros GRÜNWARD: *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*. "ZStW" 1958, pág.417; KAUFMANN: *Methodische Probleme der Gleichstellung der Unterlassens mit der Begehung*. "JuS" 1961, pág.175; SCHÖNE: *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung <<unechter>> Unterlassungsdelikte*. 1974, cit. pág.277. Por su parte, consideraba la ausencia de una norma específica que regulase la disciplina general de la comisión por omisión como una mera imperfección del sistema, GALLAS: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*. 2. Band, 1958, pág.279.

Curiosamente, la enmienda núm.168, presentada por el Grupo Mixto-ERC al artículo 11 del PCP de 1994, solicita su supresión por entender que "las experiencias de Derecho Comparado demuestran que la inclusión de cláusulas genéricas de equivalencia amplían en exceso el ámbito de conductas punibles por omisión".

¹¹⁶⁰Sobre las ventajas y problemas que dichas regulaciones presentan, vid. ampliamente HUERTA TOCILDO: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. cit. págs.163 y siguientes; también BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. págs.382 y siguiente.

A favor de la posibilidad de tipificar expresamente algunos supuestos graves de comisión por omisión, aun considerando incluido el tipo del delito de comisión por omisión en el tipo "prohibitivo de causar", se ha manifestado, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código penal*. cit. pág.86.

La enmienda núm.890, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, solicita la supresión del artículo 11 del PCP de 1994, por entender que "al tratarse de un artículo integrado en un Libro que desarrolla normas de carácter general es técnicamente inadecuado aludir a supuestos fragmentarios y de escasa incidencia en la realidad que de cualquier modo se define por sí mismo".

utilizada en el Derecho comparado a la hora de regular de forma expresa la comisión por omisión. En este modelo, el tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión se extrae de la puesta en relación de dicha cláusula (norma referida) con la norma de la Parte especial en la que se contiene el delito comisivo (norma de referencia) que aporta el elemento del resultado, y la sanción que corresponde a la conducta omisiva¹¹⁶¹.

El artículo 11 del Proyecto de Código Penal de 1994, idéntico al artículo 11 del Anteproyecto del mismo año¹¹⁶², introduce en nuestro Ordenamiento una fórmula que debemos tener en cuenta en la resolución de los problemas que hemos planteado con respecto a los delitos societarios. Se opta, de forma semejante a lo que se hizo en el PCP de 1992, por una cláusula general de equivalencia, aunque el nuevo texto introduce con respecto al artículo 10 del mencionado PCP de 1992 modificaciones ciertamente significativas¹¹⁶³.

Ahora bien, la opción por la introducción de una regulación expresa en la Parte general mereció toda clase de opiniones, desde la de quienes entienden que no hace más que confirmar algo que ya rige actualmente, esto es, que la comisión por omisión sólo es compatible con el principio de legalidad en la medida que sea directamente subsumible en la redacción de los

¹¹⁶¹Cfr. HUERTA TOCILDO: Problemas fundamentales de los delitos de omisión. cit. pág.145.

¹¹⁶²Artículo 11: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación".

¹¹⁶³Artículo 10: "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación".

tipos comisivos¹¹⁶⁴, hasta la de aquellos que consideran que así se evita una vulneración del principio de legalidad, sentándose las bases legales para una elaboración dogmática de la categoría que nos ocupa¹¹⁶⁵.

Se apoye una posición u otra, no cabe duda que con el precepto se gana en seguridad jurídica, ya que la comisión por omisión deja de ser una construcción doctrinal sin apoyo legal y se convierte en una figura legalmente admisible y admitida. La primera conclusión, pues, que cabe extraer respecto a la regulación expresa de la comisión por omisión en un precepto de la Parte General es de índole positiva: sirve para compatibilizar la punición de la comisión por omisión con el

¹¹⁶⁴Cfr. LUZON PEÑA: El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia. cit. pág.52; GOMEZ BENITEZ: Teoría jurídica del delito. 1984, cit. págs.587 y siguiente; GRACIA MARTIN: Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II). cit. marginal 364; el mismo autor en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. cit. pág.72, con bibliografía complementaria; SILVA SANCHEZ: El delito de omisión. cit. pág.369. Señalan OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: Derecho Penal. Parte General. 1986, cit. pág.564, que no hay otra manera de eludir la colisión frontal de los delitos de comisión por omisión "con las exigencias derivadas del principio de legalidad que la de entender, con la doctrina dominante en Alemania, que el tipo de lo injusto del delito de comisión por omisión está incluido en el tipo de lo injusto del delito comisivo de resultado".

¹¹⁶⁵Se trata de un sector minoritario en España, según indica DIAZ VALCARCE: Comentario de urgencia al borrador de Anteproyecto de Código penal. cit. pág.13, pero mayoritario para GRACIA MARTIN: Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II). cit. marginal 361; del mismo autor en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. cit. pág.72. En dicho sector se encuentran, entre otros, CEREZO MIR: Problemas fundamentales del Derecho Penal. 1982, cit. pág.349; HUERTA TOCILDO: Problemas fundamentales de los delitos de omisión. cit. pág.187; MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 1990, cit. págs.334 y siguientes; TORIO LOPEZ: Límites político-criminales del delito de comisión por omisión. cit. pág.707; ZUGALDIA ESPINAR: Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal. cit. pág.572. x

aspecto formal del principio de legalidad¹¹⁶⁶ aunque, según veremos posteriormente, surge la cuestión ulterior de si éste es el mejor de los preceptos que se podrían haber establecido¹¹⁶⁷.

El artículo 10 del PCP de 1992 se refería únicamente a la necesidad de equivalencia con la causación activa, sin prejuzgar el fundamento material en que se había de basar esa equivalencia; no se aludía para nada a las fuentes de las posiciones de garantía¹¹⁶⁸. Este silencio, duramente criticado por algunos sectores doctrinales¹¹⁶⁹, venía a confirmar la tesis que hemos adoptado, puesto que apuntaba precisamente en un sentido claramente restrictivo de la comisión por omisión.

¹¹⁶⁶Vid. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.571. No siempre la regulación de una cláusula de transformación en la Parte general ha sido bien acogida por la doctrina. Así, sobre la situación en Italia, cfr. FIANDACA/ MUSCO: **Diritto penale. Parte generale**. 1989, cit. pág.435; GRASSO: **Il reato omissivo improprio**. cit. págs.201 y siguientes.

¹¹⁶⁷Vid. en sentido altamente crítico GRACIA MARTIN: **Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II)**. cit. marginal 366, quien considera que "en nuestro futuro Derecho Penal debiera omitirse la introducción de una disposición como la del art. 10 PLOCP 1992".

¹¹⁶⁸La fórmula escogida evitaba un posicionamiento dogmático sobre la posición de garante, lo que mereció la opinión favorable de BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE: **El Proyecto de Código Penal de 1992**. cit. pág.62.

¹¹⁶⁹Se alegaba que la regulación era deficiente "por cuanto no menciona la especial relación en que ha de encontrarse el sujeto que no evita el resultado y el bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro". DIAZ VALCARCEL: **Comentario de urgencia al borrador de Anteproyecto de Código penal**. cit. pág.13. En este mismo sentido, vid. también CEREZO MIR: **Estudios sobre la moderna reforma penal española**. 1993, cit. pág.201; GRACIA MARTIN: **Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II)**. cit. marginal 363 y siguientes; JESCHECK: **Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho Comparado**. cit. pág.88; MAQUEDA ABREU: **La idea de peligro en el moderno Derecho penal**. cit. marginal 482, nota núm.3.

Como señaló en su día LUZON PEÑA¹¹⁷⁰, se admitía la realización por omisión "sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación", esto es, cuando la omisión es tan completamente equivalente a la causación activa que puede considerarse directamente subsumible en el tipo legal comisivo. De esta forma, con la idea de "equivalencia" se abría la puerta a cualquier clase de fundamento material que pudiera sustentarse, mientras que la referencia al "sentido del texto de la ley" indicaba a su vez dos cosas: por una parte, que la equivalencia había de ser jurídica y, por otra, que debía poder inferirse de las palabras del legislador¹¹⁷¹.

No obstante, no ha sido este el camino elegido por el pre-legislador de 1994 a la hora de regular la comisión por omisión. Como ya hemos adelantado, el artículo 11 del reciente Proyecto introduce novedades significativas. En primer lugar, y haciéndose eco de las enmiendas presentadas por diversos grupos parlamentarios a la redacción del artículo 10 del PCP de 1992¹¹⁷², se alude expresamente a la posición de garante,

¹¹⁷⁰LUZON PEÑA: El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia. cit. pág.52.

Con la regulación del PCP de 1992 se evitaban las críticas que SILVA SANCHEZ: Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. cit. pág.375, efectuaba en relación al parágrafo 13 StGB alemán y al sistema de tipificación expresa en general, al entender que se describían extensivamente los requisitos de la realización típica en comisión por omisión.

¹¹⁷¹Cfr. VIVES ANTON: Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal. cit. pág.78.

¹¹⁷²Vid. por ejemplo la enmienda núm.117, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, que proponía la adición al artículo 10 de un nuevo párrafo del siguiente tenor:

"Se equiparará la omisión con la acción en los siguientes casos:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

indicando que los delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado podrán entenderse¹¹⁷³ realizados por omisión sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivale, según el sentido de la ley, a su causación. De esta forma la posición de garante se configura como elemento constitutivo del tipo de injusto de los delitos de comisión por omisión¹¹⁷⁴.

Según se señalaba en la justificación, se partía de la teoría de la posición de garante. También partían de que en la comisión por omisión el sujeto debía tener obligación jurídica de evitar el resultado los firmantes de la enmienda núm.667, presentada por el Grupo IU-IC, que proponían la adición *in fine* de: "y el sujeto tenga obligación jurídica de evitarlo".

La enmienda núm.860, presentada por el Grupo Popular, proponía un texto alternativo:

"Se imputará, también, el resultado a un determinado comportamiento si la no evitación del mismo se equipara por la Ley a su efectiva causación y el autor ha asumido, en su situación, el deber jurídico personal de impedir aquél".

En la justificación se mantenía que, en aras del principio de legalidad, era preciso que la Ley penal hiciera referencia a la situación personal del sujeto, y a la asunción por el mismo del deber jurídico de impedir que se produjera el resultado, que le convierte ante los demás en garante de que no va a producirse. Volvía, pues, a la teoría de la posición de garante.

¹¹⁷³La enmienda núm.226, presentada por el Grupo Popular al artículo 11 del PCP de 1994, propone la supresión del "podrán", entendiendo que así se "evita el que se entienda facultativo del Tribunal apreciar la comisión".

¹¹⁷⁴Cfr. GRACIA MARTIN: *Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España* (y II). cit. marginal 364. Vid. también ROMEO CASABONA: *Límites de los delitos de comisión por omisión*. cit. pág.48, nota núm.63, quien entiende que la alusión al deber de actuar evita propiciar interpretaciones formales sobre la posición de garante.

Ahora bien, no considerando suficiente esta alusión al deber de actuar, el Grupo Parlamentario Vasco ha presentado una enmienda al artículo 11 del PCP de 1994, idéntica a la ya presentada en 1992, señalando en la justificación que "el propio Código debe especificar en qué casos el sujeto omitente adquiere una posición de especial garantía. Dejar este punto crucial de los delitos de comisión por omisión en la indefinición sólo es fuente de inseguridad jurídica y podría ser contrario al principio de legalidad, que exige sea el Legislador y no los Jueces quien se pronuncie acerca de cuándo existe un específico deber jurídico de obrar".

Y, en segundo lugar, ya no se hace alusión en el texto de 1994 a la producción de un resultado de lesión o de peligro, expresión que limitaba el ámbito de aplicación de la comisión por omisión al excluir implícitamente los delitos de mera actividad y los delitos de peligro abstracto¹¹⁷⁵.

La identidad en el plano normativo entre la causación activa y la omisión permite que las conductas omisivas encajen en los tipos de la Parte especial exactamente igual que las comisivas "(con las normales excepciones o peculiaridades en los delitos de propia mano, con modalidades limitadas de acción y de mera actividad), cuando se trate de autoría (pues a conductas de autoría se refieren esos tipos), y del mismo modo encajarán en los tipos de la Parte Especial puestos en relación con los preceptos que en la Parte General describen las formas de participación *stricto sensu*, cuando de una conducta de participación se trate"¹¹⁷⁶.

Esta posición es perfectamente coherente tanto con el artículo 10 del PCP de 1992 como con el artículo 11 del PCP de

¹¹⁷⁵Cfr. GRACIA MARTIN: Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de Reforma Penal en España (y II). cit. marginal 366, quien críticamente señalaba que dichos delitos "pueden ser también cometidos por omisión y ser ésta idéntica a la acción en su contenido de injusto". Vid. también en este sentido, SILVA SANCHEZ: El delito de omisión. cit. págs.351 y siguientes. En contra, entre otros, LUZON PEÑA: Estudios Penales. 1991, cit. pág.235. Por su parte, LAURENZO COPELLO: El resultado en Derecho penal. cit. págs.177 y siguientes, considera que los delitos de peligro abstracto son delitos sin resultado estructural, aunque con desvalor potencial de resultado, mientras que no considera necesario mantener una categoría específica de delitos de mera actividad, a raíz de la interpretación del resultado típico que propone.

La enmienda núm.131 al PCP de 1994, presentada por el Grupo Mixto-UV, propuso una modificación del artículo 11 consistente en volver a la redacción de 1992, cambiando únicamente el verbo "realizarse" por "cometerse", afirmando que "de esta forma queda más claro cómo puede producirse los resultados de lesión o de puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos".

¹¹⁷⁶DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. cit. pág.208.

1994, puesto que "en los tipos puramente resultativos (de resultado sin modalidades limitadas de ejecución) la comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que ésta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo (o de peligro)"¹¹⁷⁷, y sólo eso, mientras que en los tipos con modalidades concretas de comportamiento el desvalor de acción no se agota en la causación del resultado, sino que abarca además la forma de la conducta delictiva¹¹⁷⁸.

Cabe reseñar, por último, que el artículo 11 del Proyecto de 1994, siguiendo en este aspecto la regulación del PCP de 1992, no prevé una atenuación facultativa de la pena para los delitos comisivos en el caso de ser realizados por comisión por omisión¹¹⁷⁹. Estimamos que se trata de una correcta decisión

¹¹⁷⁷LUZON PEÑA: Participación por omisión y omisión de impedir delitos. cit. pág.541. Vid. también GOMEZ BENITEZ: Teoría jurídica del delito. 1984, cit. pág.578.

¹¹⁷⁸En torno a la importancia de esta distinción en la interpretación de la cláusula de equivalencia del párrafo 13 StGB, vid. ampliamente GRASSO: Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento. cit. págs.902 y siguientes.

¹¹⁷⁹Esta cláusula de atenuación aparece en el párrafo 13 StGB y en el artículo 10 del Código penal portugués, entre otros. En la doctrina alemana ha sido objeto de importantes críticas, si bien es apoyada por KAUFMANN: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. cit. págs.300 y siguientes, y ENGISCH, K.: Tun und Unterlassen. en Fests. für W. Gallas. Berlin, 1973, cit. pág.189, entre otros. Críticamente, vid. por todos HERZBERG: Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip. Berlin, 1972, pág.7. El tema fue ampliamente discutido en los trabajos preparatorios que precedieron la introducción del párrafo 13. La Große Strafrechtskommission se pronunció en contra al término de la segunda lectura, mientras que tanto el Proyecto de 1962 como el Proyecto Alternativo renunciaron a la disminución de la pena, observando que la admisibilidad de la atenuación supondría, cuanto menos, un sorprendente contraste con el requisito de la equivalencia del hecho omisivo. Vid. Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962. pág.126, citado por GRASSO: Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento. cit. págs.906 y siguiente, nota núm.130.

político-criminal¹¹⁸⁰.

De esta forma, la pena imponible al delito de comisión por omisión ha de buscarse, no en la cláusula general que hemos analizado, sino en las normas de la Parte especial a la que dicha cláusula es referida, y en las que se contienen los tipos de lo injusto de los delitos comisivos. La equiparación punitiva entre acción y omisión se corresponde con la necesidad de equivalencia de dichas modalidades de conducta.

¹¹⁸⁰Y ello puesto que si sólo son típicas aquellas no evitaciones del resultado que son equivalentes, en punto al contenido de lo injusto, a la causación de dicho resultado por medio de un comportamiento activo, resultaría como mínimo sorprendente establecer en estos casos una pena atenuada. O el tipo de comisión por omisión es equiparable al del delito comisivo, y entonces merece la misma pena que éste, o no lo es, y entonces no merece la pena seguir prestando atención a toda la dogmática de la equiparación. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: *Recensión a la obra de Enrique Bacigalupo*. cit. pág.726.

En contra, vid. TORIO LOPEZ: *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*. cit. págs.706 y siguiente, quien llega a considerar "si cabría acoger un criterio correlativo al de derecho penal británico o al del *Avant Projet* francés de 1978 en el sentido de no limitar el mínimo del marco penal para facilitar la apreciación del particular contenido de injusto y, en su caso, de culpabilidad del delito de comisión por omisión". También en sentido crítico, vid. CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español. Parte general*. II. 1990, cit. págs.49 y siguientes; ROMEO CASABONA: *Límites de los delitos de comisión por omisión*. cit. pág.46.

7. 10. TIPOS DE AUTORIA Y TIPOS DE PARTICIPACION.

7. 10. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

Los delitos societarios se configuran en su mayoría como delitos especiales en sentido estricto¹¹⁸¹, tanto en el Derecho

¹¹⁸¹Los delitos especiales en sentido estricto "vendrían constituidos por aquellas figuras para la realización de cuyo injusto se requiere la concurrencia de una determinada cualidad personal... serían únicamente aquéllos en los que las particularidades del sujeto activo pertenezcan al tipo de injusto de la infracción correspondiente, mientras que cabrá hablar de delitos especiales en sentido amplio o impropio cuando dicha condición del sujeto fundamente una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto pero sin afectar a su esencia". COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General.** 1991, cit. pág.277.

Considero más precisa esta definición de los delitos especiales, pese a no ser la mayoritaria en la doctrina. No obstante, las diferencias que se aprecian entre las distintas definiciones doctrinales de los delitos especiales son más terminológicas que de fondo. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho penal. Parte General.** 1986, cit. pág.50, configuran los delitos especiales propios como "aquéllos cuya norma incriminadora describe una conducta que sólo adquiere trascendencia jurídico-penal cuando es realizada por alguno de los sujetos activos ostentadores de la calidad expresada por la propia norma", mientras que los delitos especiales impropios, "si bien exigen para la específica tipicidad que implican que la conducta descrita en su norma incriminadora se realice por determinados sujetos, suponen la existencia de un concomitante delito común respecto del que será típica la misma conducta prevista como delito especial cuando es realizada por un extraneus". De forma sustancialmente semejante, vid. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte general.** 1990, cit. págs.220 y siguiente; QUINTERO OLIVARES: **Los delitos especiales y la teoría de la participación.** cit. págs.31 y siguientes.

Por su parte, la definición ofrecida por RODRIGUEZ MOURULLO: **Derecho penal. Parte general.** 1978, cit. pág.269, coincide con la de COBO/ VIVES en lo que respecta a los delitos especiales impropios o en sentido amplio ("aquéllos de los que en principio puede ser sujeto activo cualquiera, pero que, cuando se realizan por determinadas personas cualificadas, motivan una punición distinta..."), y difiere únicamente en que considera que en los delitos especiales propios "la limitación de los sujetos activos no

comparado como en los Proyectos españoles de Código penal, y también en el PCP de 1994, como se desprende de la lectura de los artículos 292, 293, 295 y 296¹¹⁸².

viene impuesta por la propia naturaleza del injusto, sino que es fruto de una decisión legal" (pág.270). En este mismo sentido, cfr. entre otros SAINZ CANTERO: **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**. II. 1990, cit. págs.294 y siguiente.

¹¹⁸²Los tipos de los artículos 299, 301, 302 y 303 del PCP de 1992 configuraban delitos especiales propios. El tipo del artículo 300. 1 era común, pudiendo ser sujeto activo cualquier persona; y el tipo del artículo 299 constituía un delito especial en sentido amplio, puesto que la cualidad de administrador sólo fundamentaba la imposición de una pena de inhabilitación especial, añadida a las penas de prisión y multa impuestas al sujeto activo indiferenciado del primer párrafo. El caso del artículo 300. 2 era peculiar, por lo cual requiere un tratamiento aparte.

Recordemos que el artículo 300. 2 se limitaba a indicar que "si el hecho fuera cometido por un administrador, de hecho o de derecho, se impondrá al autor, además (de las penas señaladas en el párrafo primero, esto es, pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de seis a doce meses), la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años". Se trataba de un tipo delictivo portador de una agravación del injusto previamente delimitado en el párrafo primero de la misma disposición. La conducta típicamente antijurídica se describía en el párrafo primero, mientras que el párrafo segundo no la delimitaba, ni siquiera mínimamente, más que por remisión al párrafo primero. Por otra parte, la cualidad personal del autor únicamente fundamentaba la imposición de una pena de inhabilitación especial, pena que se añadía a las previstas en el párrafo primero.

Considero, siguiendo a ALONSO ALAMO: **El sistema de las circunstancias del delito**. cit. pág.290, que una formulación como la que nos ocupa, "que incide en la pena del delito en las formas expuestas, muestra una situación jurídica peculiar en la que no se puede hablar todavía del nacimiento de un delito especial y, sin embargo, tampoco parece que se pueda admitir, sin más, que estamos ante una circunstancia del delito". Como señala la misma autora, nos hallamos ante lo que RODRIGUEZ DEVESEA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte General**. 1994, cit. pág.692, denominan causas personales de modificación de la pena, que fundamentaban en el caso objeto de análisis la imposición de una pena de naturaleza diversa que se añadía a la prevista en el artículo 300. 1. El artículo 300. 2 se configuraba como un tipo no autónomo, puesto que aparecía conectado con el tipo básico en cuanto se refería a la regulación de las consecuencias jurídicas. De esta forma, no hacía más que

A veces, como hemos visto *supra*, el arduo problema de la participación en los delitos especiales ha sido resuelto por el propio legislador castigando como autor, en todo caso, tanto al funcionario que malversa personalmente los caudales públicos como al que deja que lo haga un particular, o al que por abandono o negligencia inexcusables da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de los caudales o efectos públicos. No ha sido ésta la vía elegida en la regulación que de los delitos societarios se efectuó en los diferentes Proyectos españoles.

Por otra parte, la opción del pre-legislador a favor de la tipificación de los delitos societarios como delitos especiales sigue la tendencia general del Derecho penal económico, en el cual la gran mayoría de los delitos se configuran como especiales al sancionar comportamientos de sujetos que participan en el tráfico económico desde posiciones altamente formalizadas y, a

añadir características agravantes o atenuantes de la pena a la acción básica, no modificada en su esencia. Cfr. MAURACH: *Tratado de Derecho Penal*. I. cit. págs.281 y siguientes; RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho penal. Parte general*. 1978, cit. pág.285.

Al no tratarse de un delito especial, los problemas de autoría y participación planteados por el artículo 300. 2 se resolvían conforme a la figura del artículo 300. 1. De esta forma, el partícipe no administrador en el delito cometido por un administrador respondería de acuerdo con la figura básica, de igual manera que lo hacía el administrador a quien, no obstante, se le aplicaba el plus de agravación previsto en el artículo 300. 2.

En el supuesto inverso, de participación del administrador en el hecho cometido por un sujeto no cualificado, la solución era más dudosa. Cabía preguntarse si se aplicaba el plus de agravación previsto en el artículo 300. 2, además de al administrador autor, al administrador que únicamente participara en el delito del artículo 300. 1. Para resolver esta cuestión debemos tener en cuenta que cuando el Código penal ha querido extender el plus agravatorio a las conductas constitutivas de participación lo ha señalado expresamente. Parece preferible, por tanto, afirmar que la causa personal de agravación recogida en el artículo 300. 2, consistente en la cualidad de administrador, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil, únicamente sería aplicable cuando el administrador actuase como autor único, coautor o autor mediato.

veces, cuasi institucionalizadas¹¹⁸³.

En materia de autoría y participación se plantean en los delitos societarios importantes problemas dogmáticos y político criminales. Y ello no tanto en el ámbito de los conceptos de autor o de partícipe, donde rigen las reglas generales, como en virtud de su condición de delitos especiales, según tendremos ocasión de comprobar.

Ahora bien, antes de proceder al análisis particularizados de las diversas cuestiones que plantean la autoría y la participación en los delitos societarios, no queda sino advertir que "la naturaleza común o especial de un delito sólo puede ser determinada una vez que se hayan descubierto los elementos estructurales del tipo, singularmente la estructura de la acción típica, pues sólo entonces es posible averiguar quienes están en condiciones de realizar los elementos del tipo y ser, por ello autores"¹¹⁸⁴.

7. 10. 2. EL DELITO COLEGIAL.

Esta categoría surge en Italia al hilo de las discusiones doctrinales en torno al delito de quiebra, y a ella se dedica habitualmente un apartado en las monografías sobre los delitos societarios, por lo cual es de interés efectuar aquí un breve comentario sobre el tema.

¹¹⁸³Cfr. GRACIA MARTIN: Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. cit. marginal 215; TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.42.

¹¹⁸⁴Cfr. GRACIA MARTIN: La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal. cit. pág.215.

La relevancia que alcanzó la construcción doctrinal denominada "delito colegial" y el problema que subyace en su formulación tiene una justificación clara e inmediata: las sociedades mercantiles, como entidades jurídicas dotadas de personalidad, necesitan valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa. Los órganos sociales encarnan en personas físicas o en pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad, desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución del fin social. Aunque el órgano de administración puede estar encarnado en una sola persona o en varias, como hemos visto, el supuesto del administrador único es infrecuente en la práctica, siendo lo normal que la administración y gestión de la sociedad se confíen a un órgano colegiado, el Consejo de administración. Ahora bien, partiendo de que es posible que el órgano colegiado como tal incurra en actuaciones delictivas, la doctrina italiana se preguntó acerca de su responsabilidad.

La cuestión se planteó a raíz de la regulación que efectuaba el Derecho privado con respecto a la responsabilidad civil de los administradores. El Código de comercio italiano de 1882 contenía un artículo, el 149, que establecía que "la responsabilidad por los actos y las omisiones en las sociedades que tengan varios administradores, no se extenderá al administrador exento de culpa que haya hecho constar sin demora su disenso en el libro de actas de las sesiones y que lo haya comunicado por escrito a los auditores de cuentas"¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁵En el actual C.c. italiano el tema se regula en los artículos 2392 (referente a los administradores) y 2407 (establecida para los auditores), en los siguientes términos:

Artículo 2392: "Los administradores deberán cumplir los deberes que les imponen la ley y la escritura de constitución con la diligencia del mandatario, y serán solidariamente responsables

Al no establecer nada el Código de comercio acerca de la responsabilidad penal de los administradores y auditores, se planteó el problema de si respecto a tal responsabilidad valían las mismas reglas dictadas en cuanto a la responsabilidad civil.

Con base en el texto mercantil, BONELLI resolvió la duda en sentido afirmativo en su obra sobre la quiebra¹¹⁸⁶, señalando que de las acciones u omisiones que resultan de una decisión adoptada por un órgano colegiado respondían, incluso penalmente, todos los que no se hubieran opuesto. Posteriormente se adhirió a esta postura NOTO SARDEGNA¹¹⁸⁷, quien, partiendo del presupuesto de que las decisiones de una corporación, en cuanto emanan de una voluntad colectiva, conducen a una responsabilidad colectiva, había sostenido a propósito de la bancarrota que en

hacia la sociedad por los daños derivados de la inobservancia de dichos deberes, a menos que se trate de atribuciones propias del comité ejecutivo o de uno o varios administradores. En todo caso, los administradores serán solidariamente responsables si no han vigilado la marcha de la gestión, o si, teniendo conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho lo que podían para impedir su cumplimiento o eliminar las consecuencias dañosas. La responsabilidad por los actos o las omisiones de los administradores no se extenderá al administrador exento de culpa que haya hecho anotar sin tardanza su disenso en el libro de actas de sesiones y decisiones de la junta, dando de ello inmediata noticia escrita al presidente de la junta de auditores".

Artículo 2407: "(los auditores)... serán solidariamente responsables con los administradores por los hechos u omisiones de éstos, cuando el daño no se habría producido si hubieran vigilado de conformidad con las obligaciones de su cargo..."

Esta disposición debe completarse con el último apartado del artículo 2404, el cual señala que "las resoluciones de la junta de auditores deberán tomarse por mayoría absoluta. El auditor que disienta, tiene el deber de hacer constar en el acta los motivos de su propio disenso".

¹¹⁸⁶BONELLI: *Del fallimento*. III. Milano, 1939, pág.389.

¹¹⁸⁷NOTO SARDEGNA: *I reati*. cit. pág.559. En el mismo sentido se manifestó LONGHI: *Bancarotta*. cit. pág.519.

materia penal se aplican los mismos principios que regulan la responsabilidad civil de los administradores.

No obstante, fue RENDE¹¹⁸⁸ quien postuló que los ilícitos penales cometidos por los administradores, liquidadores y auditores fiscales de sociedades reunidos en órganos colegiados entraban en una categoría autónoma de delitos, los cuales, precisamente en consideración a su estructura, denominó delitos colegiales. Según este autor, y en palabras de RODRIGUEZ MOURULLO¹¹⁸⁹, "delito colegial sería aquél que se realiza no por personas que se unen con el fin de cometer delitos, sino por personas que, estando ya constituidas según la ley en colegio como órgano de una persona jurídica, pública o privada, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones". No se incluye en tal categoría ni el delito ajeno a esas funciones cometido simplemente con ocasión de hallarse reunido el órgano, ni el que para ser llevado a cabo no exige la instrumentalización de las funciones propias de los miembros del órgano en cuestión. Para la existencia del delito se consideraba necesaria la presencia del número mínimo de sujetos previsto para constituir válidamente el órgano¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁸RENDE: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. págs.466 y siguientes. Como el autor recuerda en nota, su primera aproximación al tema se efectuó en el artículo *Saggio di una teoria del reato collegiale*. "Pensiero giuridico penale" 1943, págs.44 y siguientes.

¹¹⁸⁹RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.687, quien se hace eco de la problemática suscitada por el delito colegial en la doctrina italiana, recogiendo la definición ofrecida por RENDE: *Disposizioni penali su società e consorzi*. En SCIALOJA, A./ BRANCA, G.: *Commentario del Codice Civile*. Bologna, 1947, págs.466 y siguiente.

¹¹⁹⁰Cfr. DI AMATO: *Diritto penale dell'impresa*. cit. pág.90.

La construcción de RENDE contó con la adhesión de GRISPIGNI¹¹⁹¹, quien sostuvo consecuentemente que el miembro disidente de un Consejo de administración respondía penalmente del acto colectivo, siempre que no hubiera cumplido lo que prescribe la ley haciendo constar sin demora su disenso en el libro de actas y dando inmediata noticia de ello a los auditores fiscales. Por otro lado, este autor considera que la categoría del delito colegial se encuadra entre los delitos plurisubjetivos, o de concurso necesario, y bajo el paradigma de los delitos de acuerdo¹¹⁹².

Ahora bien, la configuración del delito colegial ha encontrado una fuerte oposición dentro de la doctrina italiana, cuyo efecto inmediato ha sido relegar esta construcción al archivo. Se ha puesto de manifiesto, en tal sentido, que no existe ninguna razón político-criminal que avale la creación de tipos en los que la actuación colegiada desempeñe un papel constitutivo, y si esa conducta es eventual y accesoria lo correcto será acudir a las reglas generales sobre participación¹¹⁹³. Tampoco cabe alegar razones dogmático-sistemáticas, pues las categorías no pueden responder a simples cuestiones de nomenclatura, sino de utilidad, que no concurre en este caso¹¹⁹⁴. Por último, y como objeción de mayor entidad, se ha señalado correctamente que no es posible olvidar que esta

¹¹⁹¹Cfr. GRISPIGNI: Diritto penale italiano. Tomo II. 2. ed. Milano, 1947, pág.233.

¹¹⁹²Cfr. GRISPIGNI: Diritto penale italiano. II. 1947, cit. pág.230.

¹¹⁹³Cfr. CONTI: Disposizioni penali in materia di società e di consorzi. cit. págs.17 y siguiente. Vid. también LA MONICA: Diritto penale commerciale. I. cit. págs.117 y siguientes, con amplia bibliografía.

¹¹⁹⁴Vid. CONTI: Disposizioni penali in materia di società e di consorzi. cit. pág.16.

figura, de innegable utilidad en el ámbito de la responsabilidad civil, se opone al principio fundamental de que la responsabilidad penal es personal¹¹⁹⁵. Como señala ANTOLISEI¹¹⁹⁶, la unidad del acto colegial no implica la inevitable responsabilidad penal de todos los componentes del colegio, puesto que esta responsabilidad, por naturaleza, es individual y estrictamente personal, lo cual quiere decir, en palabras de RODRIGUEZ MOURULLO¹¹⁹⁷, "que no todos los miembros

¹¹⁹⁵Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.687. Afirma OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *Las actuaciones en nombre de otro*. cit. pág.31, la capacidad de una Administración de Justicia dotada de los medios técnicos y personales adecuados, así como apoyada en un Derecho mercantil preocupado por impedir la creación de oscuridades en el funcionamiento interno de las sociedades, de determinar la responsabilidad individual incluso dentro de los órganos directivos, como los Consejos de administración.

¹¹⁹⁶Cfr. ANTOLISEI: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*. I. 9. ed. 1994, cit. págs.76 y siguiente.

¹¹⁹⁷RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.687. No obstante, algún autor español ha mantenido una posición semejante a la que he reseñado en relación con los artículos 79 de la LSA de 1951 y 13 de la vieja LSRL. Así, GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.571, señala que "cuando, como suele ser habitual, los administradores y directivos de una Sociedad Anónima funcionan como Consejo de Administración, será preciso tener en cuenta lo establecido en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas o, en su caso, si funcionan como órgano de una sociedad de responsabilidad limitada, en el artículo 13 de la correspondiente Ley, a tenor de los cuales responden conjuntamente todos sus miembros frente a la sociedad, frente a los accionistas o socios y también frente a los acreedores, por las conductas delictivas, salvo prueba en contra, naturalmente, que excluya a alguno de dicha responsabilidad".

En la actual regulación mercantil española la responsabilidad de los administradores por actuaciones de órganos colegiados es solidaria. Responden "todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo". La LSA exime de responsabilidad únicamente a "los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél"

del órgano han de responder necesariamente por los delitos cometidos a través de decisiones colegiadas y que, en su caso, tampoco tienen por qué responder necesariamente en idéntica medida, pudiendo aparecer unos como autores y otros como cómplices o encubridores".

No obstante el rechazo doctrinal que suscitó, los problemas prácticos que subyacían a la construcción del delito colegial persisten en la actualidad y no tienen una fácil solución. Se trata de resolver los casos del miembro del Consejo de administración que ha disentido de la decisión tomada por el órgano, que no ha participado en la decisión por ausencia, o que ha dimitido con posterioridad a la toma del acuerdo.

En cuanto al supuesto del disentimiento, debemos tener en cuenta que lo que tiene relieve en verdad a efectos de la responsabilidad penal no es el cumplimiento de todas las formalidades que debe rodear el disentimiento según el Derecho privado, sino el comportamiento y la voluntad real del sujeto, puesto que en algunos casos se podrá comprobar que el disentimiento meramente encubre una actitud conscientemente favorecedora de la comisión del delito, o incluso una conducta causalmente necesaria para la comisión del hecho delictivo¹¹⁹⁸.

(artículo 133. 2 LSA). La doctrina destaca que la LSA habla de responsabilidad de los administradores, y no de responsabilidad del Consejo de administración. El sistema legal es, pues, el de responsabilidad individual del administrador. Como han señalado, entre otros, GARRIGUES/ URIA: *Comentario a la LSA. Vol. II.* cit. pág.168, "responden los miembros del Consejo y no el Consejo mismo como órgano colegiado".

¹¹⁹⁸Cfr. CONTI: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi.* cit. pág.21; del mismo autor: *I soggetti.* en DI AMATO (dir.): *Trattato di diritto penale dell'impresa.* I. cit. pág.262.

Tampoco el ausente, como bien señala RODRIGUEZ MOURULLO¹¹⁹⁹, recogiendo una crítica generalizada en la doctrina italiana, por el solo hecho de no haber participado en la deliberación del órgano colegial queda siempre exento de responsabilidad penal. En ocasiones, la misma ausencia del consejero (siempre dolosa y preordenada al hecho delictivo¹²⁰⁰) es condición necesaria para la comisión del delito, o bien lo ha hecho posible o lo ha facilitado. Asimismo, en otros casos el ausente es quien ha inducido a sus colegas a cometer el delito, no participando después en la decisión para eludir la responsabilidad penal¹²⁰¹.

La dimisión del consejero en un momento posterior a la comisión del delito no excluye su responsabilidad penal si éste ha actuado conscientemente a favor de la decisión ilícita, puesto que reunía la cualificación exigida por la ley en el momento de comisión del delito. No es raro que quienes han contribuido causal y dolosamente a la adopción de la decisión ilícita se valgan, ante el descubrimiento o el fracaso de su proyecto delictivo, de este medio con el propósito de negar su connivencia¹²⁰².

En definitiva, los problemas planteados por la comisión de

¹¹⁹⁹Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.687. Vid. en el mismo sentido TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.43.

¹²⁰⁰Cfr. CONTI: *I soggetti*. En DI AMATO (dir.): *Trattato di diritto penale dell'impresa*. I. cit. pág.262.

¹²⁰¹Cfr. CONTI: *I soggetti*. en DI AMATO (dir.): *Trattato di diritto penale dell'impresa*. I. cit. pág.262; TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.43.

¹²⁰²Cfr. CONTI: *I soggetti*. en DI AMATO (dir.): *Trattato di diritto penale dell'impresa*. I. cit. pág.262.

delitos mediante la actuación colegiada del órgano de administración de las sociedades mercantiles han de ser resueltos conforme a los criterios usuales de autoría y participación en los delitos especiales¹²⁰³. No obstante, es preciso reconocer que el funcionamiento real de las grandes sociedades mercantiles dificultará en muchos casos la investigación penal. En efecto, actualmente los Consejos de administración se hallan de hecho en manos de unos pocos consejeros, o incluso de un único consejero delegado que es quien ejerce efectivamente las funciones de administración y gestión del ente. Los demás consejeros se limitan a actuar como meras comparsas en una obra que no dirigen y de la que saben muy poco, sin poder ejercer ninguna influencia en su desarrollo¹²⁰⁴. El Consejo es convocado en pocas ocasiones, a veces únicamente cuando lo exigen la ley o los estatutos sociales, o cuando a los verdaderos administradores de la sociedad les resulta cómodo compartir la responsabilidad.

Estas consideraciones nos ponen en la pista de un hecho frecuente en las sociedades actuales, y es que no siempre quienes ostentan aparentemente el poder son quienes gozan del poder

¹²⁰³A la misma solución llega la doctrina con respecto a los delitos de funcionarios. En efecto, aunque dentro del ámbito del Título VII del Libro II del actual Código Penal, en términos generales, los tipos penales se refieren al funcionario público, lo cierto es que en ocasiones la decisión delictiva no procede de una persona física, sino que se trata de una decisión colegiada emanada de un órgano administrativo o judicial. Por ejemplo, una sentencia injusta dictada por un Tribunal formado por tres magistrados, o bien una resolución injusta de un órgano administrativo relativa a la exigencia de un nuevo tributo sin base legal para ello. En estos casos se plantea la cuestión de si la responsabilidad criminal ha de ser exigida al órgano. Reconociendo que no es posible, los autores resuelven el problema exigiendo la responsabilidad criminal individual. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *La prevaricación del funcionario público*. cit. pág.408; QUINTERO OLIVARES: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. cit. pág.79.

¹²⁰⁴Vid. CONTI: *I soggetti*. en DI AMATO (dir.): *Trattato di diritto penale dell'impresa*. I. cit. pág.263.

efectivo. La figura del hombre de paja es corriente en los órganos de administración de las sociedades mercantiles¹²⁰⁵. De frente a esta problemática no cabe acudir a formulaciones como la del delito colegial, que convierten la responsabilidad penal es una responsabilidad solidaria y colectiva. Antes bien, debe intensificarse el esfuerzo que permita precisar quiénes dentro del Consejo actúan como verdaderos impulsores de las decisiones de carácter delictivo tomadas colegiadamente.

7. 10. 3. AUTORIA Y PARTICIPACION EN LOS DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO ESTRICTO.

Como se puso de manifiesto en sede de sujeto activo, los tipos contenidos en los artículos 292, 295 y 296 son delitos especiales en sentido estricto, puesto que las particularidades exigidas al sujeto activo delimitan el tipo de injusto de la infracción, de forma tal que para la existencia del hecho delictivo es determinante la presencia de un sujeto que posea dichas cualidades especiales.

Cabe advertir, pues, que en materia de autoría y participación se ha de atender a las reglas generales para los delitos especiales en sentido estricto. Mientras todos los que participan en el delito societario reúnan las características exigidas por el tipo en el sujeto activo, esto es, generalmente la condición de administrador de hecho o de derecho de la sociedad mercantil, está claro que todos responderán del delito societario de que se trate, cada uno por el grado de

¹²⁰⁵En este sentido, vid. CONTI: I soggetti. en DI AMATO (dir.): Trattato di diritto penale dell'impresa. I. cit. págs. 262 y siguiente.

participación con que haya intervenido. Del mismo modo está claro que si ninguno de los intervinientes en la comisión del delito reúne estas características, ninguno responderá por la comisión de un delito societario. Los problemas se plantean cuando en la ejecución del delito participan varios sujetos siendo unos intranei y otros extranei. Como se sabe, son tres las hipótesis que pueden darse en la práctica: a) un intraneus, un administrador de hecho o de derecho, se comporta como autor del delito societario inducido o auxiliado por un extraño; b) un extraño se comporta como autor del delito societario y es inducido o auxiliado por un intraneus; c) un intraneus y un extraneus se comportan como coautores. La solución que debe darse a estos casos no es ni mucho menos pacífica, sino altamente controvertida en la doctrina penal.

Quien no reúna los requisitos necesarios para ser sujeto activo del delito (extraneus), esto es, quien no posea la condición de administrador de hecho o de derecho de una sociedad mercantil, no puede ser autor inmediato de los delitos societarios a los que estamos haciendo referencia¹²⁰⁶, si bien es posible la calificación como partícipe¹²⁰⁷ (inductor,

¹²⁰⁶Vid. GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. pág.242; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho penal. Parte general*. 1986, cit. pág.482.

¹²⁰⁷Es doctrina dominante en España. Vid. por todos QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte General*. 1992, cit. pág.564. En Alemania, cfr. CRAMER: *Rechtspflicht des Aufsichtsrats*. cit. pág.565, analizando el supuesto de un cliente de un Banco que resulta perjudicado por el delito de infidelidad cometido conjuntamente por un miembro del consejo de administración y un miembro del consejo de vigilancia. Únicamente puede ser sancionado como autor de la *Untreue* el miembro del consejo de administración, mientras que para el miembro del consejo de vigilancia sólo viene en consideración la participación en el mismo delito. Vid. también LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.52 (pág.1991).

En Italia, con especial referencia a los delitos económicos, vid. CONTI: *I soggetti*. en DI AMATO (dir.): *Trattato di diritto*

cooperador necesario o cómplice¹²⁰⁸), "porque la participación es, por definición, intervención en el hecho ajeno y no requiere, por tanto, en el partícipe la cualidad exigida en su caso para ser autor"¹²⁰⁹.

En cuanto a la cuestión de si el extraneus puede ser coautor de los delitos societarios que analizamos, debemos tener en cuenta que la admisibilidad de la coautoría en los delitos especiales ha causado división en la doctrina. Para algunos autores, el extraneus puede ser coautor del delito especial en sentido estricto¹²¹⁰. Por el contrario, para otro sector

penale dell'impresa. I. cit. pág.158.

Optamos en el texto por una concepción limitada de la accesoriedad, apoyada por la doctrina española mayoritaria, de forma que la participación no se considera referida al delito completo (acción típicamente antijurídica y culpable) sino al hecho delictivo (acción típicamente antijurídica). Vid. por todos PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. cit. págs.337 y siguientes.

¹²⁰⁸El encubrimiento no constituye participación en la sistemática del Proyecto de 1994. Vid. artículo 29 de dicho texto. Se trata de una decisión del pre-legislador, tomada con ocasión de la redacción del PCP de 1992, que ha sido aplaudida por la doctrina mayoritaria. Cfr. por todos LUZON PEÑA: *El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia*. cit. pág.54.

¹²⁰⁹RODRIGUEZ MOURULLO: *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*. cit. pág.686.

¹²¹⁰Vid. GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. págs.270 y siguientes. En relación al delito de prevaricación del funcionario público, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *La prevaricación del funcionario público*. cit. págs.415 y siguientes; también OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho penal. Parte general*. 1986, cit. pág.514.

La regulación expresa de la coautoría que efectuaba el Borrador del Proyecto de 1992 en el artículo 25 fue eliminada en el texto del Proyecto, ausencia que se ha mantenido también en el Anteproyecto y el PCP de 1994. Sobre la necesidad de dicha regulación, vid. CEREZO MIR: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*. cit. págs.186 y siguientes, reiterando la postura asumida a raíz de la redacción del Proyecto de 1980. Del mismo autor: *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el*

doctrinal es imposible "que el extraño pueda responder como coautor de un delito especial"¹²¹¹ en sentido propio, ya que no reúne las condiciones requeridas por el tipo¹²¹². Esta segunda posición es la que suscribo, puesto que si la coautoría es una forma de autoría no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito. En referencia a los delitos societarios, no puede ser coautor quien no reúne la condición de administrador de hecho o de derecho, esto es, la cualidad que caracteriza al sujeto activo. Entiendo, pues, que no rige en la coautoría el principio de unidad de título de imputación¹²¹³.

En lo que respecta a la autoría mediata¹²¹⁴, la doctrina

futuro Código penal. cit. pág.578.

¹²¹¹RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código penal. I.** 1972, cit. pág.838. Vid. también MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. págs.420 y siguiente.

¹²¹²Cfr. COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General.** 1991, cit. pág.577. Vid. también JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. pág.617.

¹²¹³Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal.** 1993, cit. pág.241. En España, vid. por todos RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código penal. I.** 1972, cit. págs.838 y siguiente.

¹²¹⁴En el Proyecto de 1994, de forma semejante a lo que ocurría en el Proyecto precedente de 1992, se reconoce expresamente que autor en sentido estricto es quien realiza el tipo por sí o por medio de otro del que sirve como instrumento, con lo cual, aparte de solventarse las dudas existentes sobre la legalidad de la figura del autor mediato, se abona la idea de que tal autor puede realizar el tipo pese a no practicar materialmente actos de ejecución, y que por tanto su comportamiento es directamente subsumible en aquél. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho penal. Parte general.** 1986, cit. pág.488.

Sobre la introducción de la figura del autor mediato en el Proyecto de 1992, vid. ampliamente CEREZO MIR: **Estudios sobre la moderna reforma penal española.** cit. págs.185 y siguientes. Según manifiesta este autor en su obra: **Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal.** cit. pág.573, la

dominante niega su viabilidad cuando es un *extraneus* quien instrumentaliza a un *intraneus*¹²¹⁵. En efecto, el extraño realiza objetivamente una conducta de autoría mediata no sancionable, pues al sujeto que actúa detrás (*Hintermann*) le falta la cualificación exigida por el tipo. En los delitos especiales en sentido estricto esta postura origina lagunas de punibilidad¹²¹⁶ que se han tratado de paliar considerando que la conducta del extraño puede ser entendida como acto de participación en el delito especial¹²¹⁷, o bien valorándola a tenor de los tipos que eventualmente realice por sí misma¹²¹⁸, en cuyo caso podría concurrir idealmente con la participación. Aplicando estas soluciones a los delitos societarios, se trataría de considerar al extraño como partícipe en el delito societario cometido por un administrador de hecho o de derecho que actúa

introducción de una cláusula semejante en el Proyecto de 1980 se debió a la enmienda que él mismo presentó.

Artículo 25 del PCP de 1992 (redactado en los mismos términos que el artículo 28 del Proyecto de 1994): "Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro, del que se sirven como instrumento, se consideran autores..."

¹²¹⁵Vid. en España GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. págs.229 y siguientes; QUINTERO OLIVARES: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. cit. págs.111 y siguientes. En Alemania, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.605; STRATENWERTH: *Strafrecht*. AT. 3. Aufl. 1981, pág.219.

¹²¹⁶Ya puestas de manifiesto, entre otros, por MAURACH: *Tratado de Derecho penal*. Barcelona, 1962, traducción y notas de J. Córdoba Roda, pág.320.

¹²¹⁷Cfr. CORDOBA RODA: *Notas al Tratado de R. Maurach*. II. cit. pág.313; GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. pág.292. No obstante, advierte DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*. cit. pág.157, que al tratar de castigar al aparente autor mediato como partícipe del delito especial encontraremos con frecuencia que la conducta del sujeto cualificado no es típicamente antijurídica y, por tanto, las reglas de la accesoriedad limitada impiden de nuevo el castigo del *extraneus*.

¹²¹⁸Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.576.

como instrumento, o bien de valorar si la conducta del extraño puede constituir otro delito, señaladamente estafa, apropiación indebida o falsedad.

Es cierto que si estas posibilidades no son viables la conducta del *extraneus* queda impune, pero esta consecuencia no puede justificar por sí sola la admisión de la autoría mediata, ya que el principio de legalidad exige que el extraño no pueda ser autor del hecho principal, siendo así que la autoría mediata es ante todo verdadera autoría¹²¹⁹.

En la hipótesis de que sea el *intraneus*, en nuestro caso el administrador de hecho o de derecho, el que se valga de otra persona, deben distinguirse dos casos: que el instrumento sea otro *intraneus* o que sea un *extraneus*.

En el primer caso nada impide la admisión de la autoría mediata.

En el segundo caso, cuando el *intraneus* se vale de un *extraneus* como instrumento para la realización del tipo, la cuestión es problemática. El obligado respeto al principio de legalidad lleva a considerar que sólo cabe admitir la autoría mediata del administrador de hecho o de derecho en el delito societario especial en sentido estricto cuando su conducta puede subsumirse directamente en el tipo¹²²⁰, mientras que si ello no

¹²¹⁹Como ponen de relieve COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.574, el autor mediato realiza el injusto típico como propio y su conducta es principal, no accesoria, caracterizándose por la instrumentalización del ejecutor sobre la base del error o del empleo de violencia física o moral.

¹²²⁰Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: **Autor y cómplice en Derecho penal**. cit. pág.236. Vid. en el mismo sentido OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho penal. Parte general**. 1986, cit. pág.487.

es posible la conducta quedará impune, al no existir un delito común del que pueda considerarse autor inmediato el *extraneus*. Este es el caso, por ejemplo, de un administrador que utiliza como instrumento a un extraño para realizar una conducta de administración fraudulenta no encuadrable al mismo tiempo en la apropiación indebida o en la estafa. Tal conducta es impune, puesto que no existe un delito común del cual el extraño pueda ser considerado autor inmediato, siendo así que no puede ser autor del delito societario por no reunir la cualidad de administrador propia del sujeto activo.

La característica escisión entre acción y responsabilidad que tiene lugar en el seno de las sociedades mercantiles a consecuencia de la actuación conforme a los principios de jerarquía y división de funciones, provoca en muchas ocasiones que el sujeto que actúa y realiza un hecho objetivamente relevante para el Derecho penal no pueda ser, sin embargo, responsable, y ello puesto que, además de no reunir las características exigidas al sujeto activo, actúa en situación de error provocado por sus superiores. En este caso podría construirse con respecto al superior un supuesto de autoría mediata¹²²¹. Este supuesto se plantea en relación con quienes ocupan los escalones intermedios e inferiores en la jerarquía empresarial, cuando, cumpliendo órdenes o instrucciones de los administradores, realizan objetivamente conductas que podrían ser constitutivas de delitos societarios si reunieran la condición de administrador y no actuaran en situación de error.

Debemos puntualizar que la posibilidad de establecer la autoría mediata se condiciona al hecho de que el instrumento utilizado no actúe dolosamente, puesto que en caso afirmativo no

¹²²¹GRACIA MARTIN: Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. cit. marginal 223.

se dan las características propias de la autoría mediata: "el que opera a través de otro, que actúa con dolo, deja sometida a su decisión la realización del hecho y es, por consiguiente, partícipe, no autor, del mismo"¹²²². En el primer caso que hemos visto, utilización de un *intraneus* como instrumento por otro *intraneus*, si el instrumento actúa dolosamente es él quien debe responder como autor del delito especial, mientras que la conducta del "hombre de atrás" será constitutiva de participación (inducción, generalmente). En el segundo caso, utilización por un sujeto cualificado de un instrumento doloso no cualificado, el hecho debe quedar impune: no cabe apreciar la autoría mediata del *intraneus*, y a su vez el *extraneus* no puede ser considerado autor del delito societario porque no posee la específica cualidad de autoría exigida por el tipo, con lo cual no es posible castigar al *intraneus* como partícipe (inductor) de un comportamiento atípico¹²²³. Ante esta conclusión, algún autor ha propuesto considerar pese a todo que el sujeto cualificado es autor mediato, y ello porque "sólo éste cumple con el elemento de imputación objetiva al autor de delitos especiales propios, que

¹²²²COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.575. En el mismo sentido vid., entre otros, DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*. cit. págs.618 y siguientes y 647; GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. págs.157 y siguiente; QUINTERO OLIVARES: *Derecho penal. Parte general*. 1992, cit. pág.549. En Alemania, por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.605; SCHUMANN: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*. 1986, pág.73.

Otros autores, por su parte, consideran que el supuesto de que el ejecutor material no actúe dolosamente constituye únicamente el caso más claro de autoría mediata, aceptando la extensión de la categoría que analizamos a otros supuestos. Vid. por todos, LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, § 25, Rn.4; VOLK: *Introduzione al diritto penale tedesco*. cit. pág.138.

¹²²³Cfr. QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal. Parte General*. 1992, cit. pág.566.

es la infracción de un deber específico y no el dominio del hecho"¹²²⁴. No comparto dicha propuesta puesto que, como hemos visto, cuando el instrumento actúa de forma plenamente responsable y con dolo no cabe afirmar la autoría mediata.

Así pues, es en la inducción y no en la autoría mediata o en la coautoría donde cabe incluir la conducta del *intraneus* o *extraneus* organizador o planificador de la actuación delictiva de un grupo de sujetos o de un solo sujeto, si no realiza otra actividad que ésa y no puede, por las razones de que se trate en cada caso, considerársele coautor, porque deja en las manos de otro u. otros sujetos (los verdaderos coautores que, siendo *intranei*, realizan la acción típica), que actúan consciente y libremente, la realización del hecho típico. El organizador no es autor, como señala DIAZ Y GARCIA CONLLEDO¹²²⁵, "ni cuando no dirija de algún modo la ejecución, ni cuando, aun no dando instrucciones durante la ejecución, las que ha dado antes produzcan su efecto durante ella, ni cuando dé instrucciones a distancia durante la misma, ni cuando esté presente en la ejecución dando instrucciones... El cerebro organizador del delito será inductor, si él ha hecho nacer en los verdaderos autores la resolución delictiva; si no, será normalmente un

¹²²⁴GOMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*. 1984, cit. pág.158. Postulan OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho penal. Parte general*. 1986, cit. pág.490, la misma solución que GOMEZ BENITEZ, si bien la fundamentan únicamente en la evitación de lagunas de punibilidad.

¹²²⁵DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*. cit. pág.683. En el mismo sentido, vid. JAKOBS: *Strafrecht. AT.* 2. Aufl. 1993, cit. 21. Abschn. Rn.103 (pág.649). No obstante, en Alemania algunos autores han propuesto considerar autor mediato a quien utiliza un aparato organizado de poder con el propósito de cometer delitos a través de aquellas personas que le están subordinadas. Así, vid. ROXIN: *LK.* 11. Aufl. 1993, § 25, Rn.88 y siguientes; DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 25, Rn.3 (págs.168 y siguiente); STRATENWERTH: *Strafrecht. AT.* 3. Aufl. 1981, cit. pág.226.

cooperador necesario, es decir que, en cualquier caso, se le impondrá la pena del autor, sin necesidad de convertirlo en tal "¹²²⁶.

Más discusión suscita la hipótesis de una autoría mediata por omisión. Mientras que un sector doctrinal acepta esta posibilidad¹²²⁷, otro la rechaza considerando que no es imaginable una instrumentalización de otro sujeto mediante la omisión¹²²⁸, si bien aceptan la autoría mediata dolosa de comisión respecto de un autor por omisión cuando el autor mediato actúa positivamente en orden a impedir que actúe quien está obligado a hacerlo¹²²⁹.

En cuanto a la participación, el extraño o partícipe no

¹²²⁶En Italia, el artículo 112 C.p. establece un aumento obligatorio de la pena de un tercio a la mitad para quien: a) "*ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo*" (artículo 112 número 2); o b) "*nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette*" (art.112 núm.3). Estos supuestos abarcan el caso que estamos analizando.

Por su parte, parte de la doctrina alemana sostiene que el caso aquí analizado se incluye dentro de la autoría mediata. Vid., entre otros, ROXIN: *Täterschaft und Tatherrschaft*. 6. Aufl. 1994, cit. págs.242 y siguientes. En contra, por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.605 y siguientes.

¹²²⁷Cfr. MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.408.

¹²²⁸Cfr. BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho penal. Parte general*. 3. ed. 1994, cit. pág.268; BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.451; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.591.

¹²²⁹Cfr. BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.451.

cualificado responde con base en el delito especial¹²³⁰, esto es, en el delito societario de que se trate, ya que su responsabilidad se articula a partir de la figura de delito realizada por el autor principal cualificado¹²³¹. De esta forma, el *intraneus* sería autor del delito societario especial y el *extraneus* partícipe, respondiendo éste igual que si hubiera participado siendo a su vez *intraneus*.

El supuesto inverso, la participación del cualificado en el hecho del no cualificado, no puede admitirse en los delitos

¹²³⁰Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. pág.292. Vid. PEÑARANDA RAMOS: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. cit. págs.26 y siguientes, ofreciendo amplia bibliografía en nota núm.5.

¹²³¹Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.579. Se trataría de mantener la unidad del título de imputación, cuestión que se halla en íntima conexión con el carácter accesorio de la participación. Conforme a este principio, "cuando concurren varias personas en la puesta en práctica de una conducta delictiva, se afirma que si bien cada una responde de acuerdo con el tipo de intervención que haya tenido (autor o partícipe), todas lo hacen en referencia a un mismo título de imputación que es, precisamente, aquél que corresponde al tipo de lo injusto realizado por el autor en sentido estricto". OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. 1986, cit. pág.513. Vid. también MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.428.

En contra, y a mi juicio plausiblemente, se ha manifestado PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. cit. págs.344 y siguientes, quien entiende que en un Ordenamiento como el español, regido por la idea de la accesoriedad, y con el fin de no vulnerar el principio "*nullum crimen sine lege*", "ya que las figuras delictivas aparecen en él recortadas sobre la imagen del autor único y a esta imagen de realización unipersonal del delito trata también de ajustarse en los casos de intervención de una pluralidad de personas.. la exigencia de tipicidad del hecho principal ha de ser entendida, no en el sentido del tipo de injusto, sino en el de <<tipo de delito>>: como conformidad con la entera descripción legal de la concreta especie delictiva". Las consecuencias que de esta posición se derivan se reflejarán en su momento en el texto.

especiales en sentido estricto¹²³². No existe un hecho típicamente antijurídico al faltar la cualidad exigida en el sujeto activo, impidiendo entonces la accesoriedad que se castigue al *intraneus*¹²³³.

Discute la doctrina científica el tema de si las formas de participación son susceptibles de realizarse mediante la omisión, esto es, si cabe la participación omisiva en un delito comisivo¹²³⁴. Es indudable que en la práctica se presentarán numerosos supuestos en los que un miembro del Consejo de administración no impide dolosamente el delito societario cometido mediante acción por otro sujeto cualificado¹²³⁵.

En lo que sigue haré referencia fundamentalmente a la cooperación, necesaria o no, aludiendo sólo brevemente a la inducción, que presenta peculiaridades y que aquí nos interesa menos.

¹²³²Cfr. COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.580.

¹²³³Cfr. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*. cit. pág.158, quien señala que la doctrina, al considerar este resultado injusto, acude a las construcciones de la autoría mediata por utilización de un instrumento no cualificado o a la de los delitos de infracción de deber, convirtiendo al *intraneus* en autor y al *extraneus* en partícipe. Vid. un razonamiento semejante en MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.402 y siguiente.

¹²³⁴Sobre el origen de esta controversia en Alemania, vid. por todos LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 27, Rn.4 (págs.193 y siguiente).

¹²³⁵Sobre el planteamiento del problema de la participación omisiva en delitos de acción, vid. GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*. cit. pág.138. Se ha manifestado a favor de la regulación expresa de la complicidad omisiva, entre otros, CEREZO MIR: *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*. cit. pág.579.

Es mayoritario el sector que niega la posibilidad de la inducción por omisión¹²³⁶, no obstante lo cual la posición que la admite no carece de argumentos. En ocasiones la omisión dota de fuerza moral al agresor, o bien desalienta indirectamente a la víctima, mostrándose en ambos casos como eficiente en la producción del delito mismo¹²³⁷. Como señala RODRIGUEZ MOURULLO¹²³⁸, "no puede excluirse a priori que una de esas

¹²³⁶En este sentido, vid. ANTON ONECA: **Derecho penal**. 2ª ed. 1986, cit. pág.473; BUSTOS RAMIREZ: **Manual de Derecho penal. Parte general**. 4. ed. 1994, cit. págs.451 y siguiente; DEL ROSAL BLASCO: **Sobre los elementos del hecho típico en la inducción**. cit. pág.128 y siguiente; GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. págs.520 y siguientes; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. pág.394; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. págs.534 y 590; SILVA SANCHEZ: **Aspectos de la comisión por omisión**. cit. pág.390.

También es mayoritario en Alemania el sector doctrinal que niega la posibilidad de inducción por omisión. Vid. entre otros JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.630; KAUFMANN: **Unterlassungsdelikte**. cit. pág.292; ROXIN: **Täterschaft und Tatherrschaft**. 6. Aufl. 1994, cit. págs.483 y siguientes; CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖEDER: **StGB Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 26, Rn.7 (pág.442), y § 27, Rn.12 (pág.447).

¹²³⁷En este sentido, en Alemania, vid. por todos MAURACH/ GÖSSEL/ ZIPF: **Strafrecht. AT. II**. 7. Aufl. 1989, § 50, Rn.71 y siguientes, y especialmente § 51 II, Rn.17.

¹²³⁸RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código penal. I**. 1972, cit. págs.851 y siguiente, quien sigue en este punto la opinión de VANNINI, O.: **In tema di concorso di persone nel reato**. Milano, 1952, págs.7 y siguientes. Para el autor italiano hay una serie de comportamientos omisivos "que contribuyen a la producción del delito no ya en cuanto a ausencia de intervención, en cuanto a omisión de actividad positiva (de aquella actividad positiva que hubiera impedido el delito), sino en cuanto a omisión que se resuelve en fuerza moral directamente del agresor... o indirectamente... eficiente en la producción del delito mismo" (pág.23).

Aun señalando que conceptualmente es casi inimaginable la inducción por omisión, admite LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos**. cit. pág.548, nota núm.36, que en algún caso extremo sería admisible: "p.ej., una persona a quien otro intenta persuadir de que cometa un delito, sin que le esté convenciendo, cambia de opinión y se siente movido por primera vez a delinquir cuando observa el silencio y la no desaprobación de un

omisiones que se resuelven en fuerza moral eficiente, represente el último y determinante impulso en virtud del cual el autor material se decide a actuar".

Ahora bien, la doctrina se encuentra totalmente dividida ante el tema de la participación por omisión en las modalidades de cooperación necesaria o complicidad, especialmente en aquellos casos en que no se impide el delito cometido mediante acción por otro sujeto¹²³⁹. Y es que, como ha señalado ROXIN¹²⁴⁰, la delimitación entre autoría y participación en las omisiones constituye el problema más oscuro de la teoría de la participación. En España, siguiendo la doctrina alemana, se mantienen fundamentalmente tres posiciones, que de forma sintética expongo a continuación¹²⁴¹.

Un primer sector entiende que, cuando hay posición de garante, no cabe distinguir entre autoría y participación, sino que en la comisión por omisión hay sólo autoría, de modo que todo el que es garante responde, si se lesiona el bien jurídico, como autor en comisión por omisión aunque el hecho haya sido cometido

tercero que para él tiene mucha autoridad moral, lo que interpreta correctamente como un asentimiento o incitación de ese tercero".

¹²³⁹Vid. un completo planteamiento del problema relativo a la comisión por omisión en GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte general del Derecho Penal español*. 1979, cit. págs.138 y siguiente.

¹²⁴⁰ROXIN: *Täterschaft und Tatherrschaft*. 6. Aufl. 1994, cit. pág.674.

¹²⁴¹Vid. las distintas posiciones recogidas, entre otros, por CUERDA RIEZU: *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español*. cit. págs.511 y siguientes; LUZON PEÑA: *Estudios penales*. 1991, cit. págs.233 y siguiente; DEL ROSAL BLASCO: *Sobre los elementos del hecho típico en la inducción*. cit. pág.195; y SILVA SANCHEZ: *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención*. cit. págs.386 y siguiente.

activamente por otro sujeto y éste también sea autor del mismo¹²⁴². De esta forma, el garante omitente es siempre autor, pero puede haber una cooperación, necesaria o no, por omisión del no garante en un delito doloso comisivo¹²⁴³.

Otro sector doctrinal opina, por el contrario, que sí cabe participación por omisión del garante (generalmente cooperación omisiva puesto que, como hemos visto, se suele negar la posibilidad de inducción por omisión), pues cuando dicho garante no impide la comisión activa del hecho por otra persona, es ésta quien tiene el dominio del hecho necesario para la autoría mientras que el omitente garante carece de él, razón por la cual es únicamente un partícipe¹²⁴⁴. De esta forma, este sector

¹²⁴²Cfr. BUSTOS RAMIREZ: **Manual de Derecho penal. Parte general.** 4. ed. 1994, cit. págs.451 y siguiente; BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho penal. Parte general.** 1990, cit. págs.268 y siguiente; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General.** 1986, cit. págs.322 y siguiente. En la doctrina alemana sostienen esta posición, entre otros, KAUFMANN: **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte.** 1959, págs.291 y siguientes; GRÜNWALD: **Die Beteiligung durch Unterlassen.** "GA" 1959, págs.110 y siguientes; WELZEL: **Das Deutsche Strafrecht.** 11. Aufl. 1969, cit. pág.222; así como ROXIN, RUDOLPHI, STRATENWERTH, CRAMER, etc. Esta tesis implica la irrelevancia de consideraciones acerca del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación por omisión.

En contra, vid. por todos CUERDA RIEZU: **Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (I).** cit. pág.513, quien ofrece argumentos de justicia material, siguiendo en ello a GIMBERNAT ORDEIG: **Recensión a la obra de Enrique Bacigalupo.** cit. pág.725, además de sistemáticos.

¹²⁴³En este sentido, vid. por todos OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General.** 1986, cit. págs.546 y 590 y siguiente. Probablemente, también CEREZO MIR: **Problemas fundamentales del Derecho penal.** 1982, cit. págs.345 y siguiente.

¹²⁴⁴Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: **La omisión de socorro en el Código Penal.** cit. págs.380 y siguientes; RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código Penal. I.** 1972, cit. págs.892 y siguiente; HUERTA TOCILDO: **Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos.** cit. págs.43 y siguientes. Es la postura mayoritaria en Alemania. Vid. por todos

considera que habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural con la comisión, y participación en comisión por omisión en dos situaciones, como pone de relieve CUERDA RIEZU¹²⁴⁵: "cuando al sujeto, pese a asumir el control de un riesgo que se realizará de modo inmediato en un resultado típico de la Parte Especial, le faltan las condiciones especiales de autoría o el tipo no es susceptible de ser cometido por omisión; y cuando el compromiso asumido se refiere al control del riesgo que se deriva de un sujeto que en el caso concreto obra como partícipe, sea inductor, cooperador necesario o cómplice".

Por último, una posición intermedia sostiene que si el que omite impedir la comisión activa de un delito de resultado por otro es garante, siempre será autor del delito en comisión por omisión, sin que se distinga, pues, entre autoría y participación. Coincide hasta aquí con la primera posición que apuntaba, de la que se diferencia al considerar que cabe acudir a la participación en comisión por omisión para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en que, por requerirse especiales formas de ejecución o cualidades especiales en el autor, o requisitos adicionales subjetivos u objetivos, el garante omitente no puede ser considerado autor. Por tanto, el sujeto en comisión por omisión será partícipe y no autor cuando el hecho típico que no ha impedido no se pueda realizar por

JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.634.

¹²⁴⁵CUERDA RIEZU: Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (I). cit. págs.512 y siguiente. En el mismo sentido, vid. SILVA SANCHEZ: Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. cit. pág.397.

omisión¹²⁴⁶.

Como puede observarse, los supuestos de cooperación necesaria o complicidad por omisión son objeto de notables desacuerdos, si bien considero preferible la tesis que admite la participación omisiva debido a que, como señalan COBO/VIVES¹²⁴⁷, "no parece impedirle la voz "acto", como se sugiere por algunos autores¹²⁴⁸, pues tanto en el lenguaje común como en el contexto del Código el término tiene un significado amplio, comprensivo del hacer y del omitir, de la actividad psíquica y de la material".

Con respecto a la distinción entre autoría y participación en comisión por omisión entiendo, con SILVA SANCHEZ¹²⁴⁹, que la

¹²⁴⁶Cfr. GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. pág.608; HUERTA TOCILDO: **Problemas fundamentales de los delitos de omisión**. cit. pág.59. En Alemania, por todos, ROXIN: **Täterschaft und Tatherrschaft**. 6. Aufl. 1994, cit. págs.458 y siguientes.

¹²⁴⁷COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.582. Vid. también GOMEZ BENITEZ: **Teoría jurídica del delito**. 1984, cit. págs.515, 534 y siguiente.

¹²⁴⁸Vid. entre otros ANTON ONECA: **Derecho penal**. 2. ed. 1986, cit. pág.196. Por su parte, MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. págs.408 y siguientes, si bien en un principio acepta las figuras de participación omisiva, alude en un segundo momento a la dificultad que encierra el término legal "acto", y propone una solución de *lege ferenda*.

No obstante, señala correctamente CORDOBA RODA: **Notas de Derecho español**. en Maurach: **Tratado**. II. cit. pág.345, que la amplitud del término "acto" permite comprender también a la omisión.

¹²⁴⁹Cfr. SILVA SANCHEZ: **Aspectos de la comisión por omisión**. cit. págs.373 (sobre la aceptación en la doctrina española del fundamento de la equivalencia) y 388 y siguientes; del mismo autor: **El delito de omisión**. cit. págs.223 y siguientes. En el mismo sentido, vid. entre otros GIMBERNAT ORDEIG: **Recensión al libro de Enrique Bacigalupo**. cit. pág.726; GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. 1993, cit. pág.85; LUZON PEÑA: **Estudios Penales**. 1991, cit. pág.235; del

no evitación de un delito de acción puede dar lugar a una u otra según los casos: habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural en el plano normativo y material con la comisión activa, y participación en comisión por omisión cuando dicha identidad estructural se establece no con la realización activa de un tipo de la Parte especial, sino con el tipo del partícipe.

Ahora bien, partiendo ya de la tesis que afirma la posibilidad de participación omisiva, debemos cuestionarnos si es correcto hacer descansar su fundamentación en la posición de garante, convertida en criterio básico de distinción entre dicha participación y la simple omisión pura.

Se trata de determinar cuándo hay equivalencia entre la conducta omisiva y la activa en orden a la participación. La participación consiste en facilitar al autor la comisión del

mismo autor: Participación por omisión y omisión de impedir delitos. cit. pág.546, nota núm.27.

La postura del Tribunal Supremo, que suele entender como intercambiables entre sí todas las figuras del artículo 14 del Código penal actual, dificulta la determinación de si al omitente se le considera autor en sentido estricto o partícipe. No obstante, en la mayoría de los casos en los que, ante la comisión de un delito, se da la presencia inactiva de otro sujeto, el Alto Tribunal castiga por cooperación necesaria o complicidad en comisión por omisión, exigiéndose la posición de garante en el omitente. Cfr. CUERDA RIEZU: Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español (1). cit. págs.513 y siguiente, que ofrece una exhaustiva recopilación de la jurisprudencia vertida sobre este tema desde 1987 hasta 1990.

En Alemania, si el garante permanece inactivo y no impide la comisión de un delito pudiendo hacerlo la jurisprudencia lo considera punible como autor principal o cómplice, dependiendo de la orientación de la voluntad. Cfr. VOLK: Introduzione al diritto penale tedesco. cit. pág.145.

delito¹²⁵⁰. Y, como pone de relieve DIAZ Y GARCIA CONLLEDO¹²⁵¹, "para poder hablar de participación en comisión por omisión, tendrá que ocurrir que la propia omisión facilite, elimine obstáculos a la comisión del delito... facilitación o eliminación de obstáculos no es lo mismo que no interposición de obstáculos, igual que, refiriéndonos a conductas de autoría, no es igual creación o aumento decisivo y determinante del riesgo que no evitación del riesgo o dejar que el riesgo siga su curso".

Con LUZON PEÑA¹²⁵², y siguiendo el mismo criterio utilizado a la hora de analizar la comisión por omisión, opto por no fundamentar la participación omisiva únicamente en la posición de garante, sino en que la "omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando -o contribuyendo a aumentar- en ese sentido el riesgo pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización del peligro... puede haber circunstancias en las que la pasividad o, en cualquier caso (aunque sea realizando

¹²⁵⁰Como señala acertadamente JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.598, "la participación no lleva en sí misma su contenido del injusto, sino que lo toma del favorecimiento del hecho ajeno".

¹²⁵¹DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: **Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión**. cit. pág.210.

En Alemania, la jurisprudencia ha apreciado en ocasiones complicidad omisiva en casos en que el sujeto, si bien no podía haber impedido el hecho principal delictivo, sí lo podía haber dificultado y no obstante ello no intervino. La fundamentación que se ofrece es que el no dificultar el hecho por parte de un garante equivale a su favorecimiento activo. Contra tal conclusión se ha pronunciado un cualificado sector de la doctrina. Vid. por todos, KAUFMANN: **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**. 1959, cit. pág.293.

¹²⁵²LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos**. cit. pág.549. A esta posición se ha adherido también DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: **Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión**. cit. pág.208 y siguientes. En Italia, vid., por todos, MUSCO en CRESPI/ STELLA/ ZUCCALÀ: **Commentario breve al Codice penale**. 1992, cit. pág.348.

otra actividad), la omisión de una actividad de impedir el delito favorezca, haga más fácil, la comisión de éste por el autor, y en tal caso será algo más que omisión propia (de impedir delitos) y constituirá cooperación mediante omisión".

Además de esta eficacia de la omisión en orden a la ejecución del hecho, deberá tenerse en cuenta al menos otro requisito¹²⁵³, cuya concurrencia permitirá considerar la omisión como participación (cooperación necesaria o complicidad): la voluntad de facilitar la ejecución. En efecto, la participación requiere, como elemento subjetivo, que la voluntad del partícipe se dirija a contribuir a la realización del hecho principal, aunque no se considera necesario un acuerdo con el autor¹²⁵⁴. De

¹²⁵³Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código Penal. I.** 1972, cit. págs.892 y siguiente. Este autor, siguiendo en este punto la corriente jurisprudencial mayoritaria, añade la exigencia de un específico deber jurídico de impedir la comisión del delito, señalándose que al operar con las reglas propias de la comisión por omisión se hace preciso un deber jurídico "que coloque al obligado en la posición de garante y cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad criminal por el resultado no impedido". En el mismo sentido, vid. HUERTA TOCILDO: **Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos.** cit. pág.249; RODRIGUEZ MOURULLO: **La omisión de socorro en el Código Penal.** cit. pág.402; LUZON PEÑA: **Participación por omisión y omisión de impedir delitos.** cit. pág.535. Vid. también las SSTs 26 junio 1990 (Ar. 5679), 23 octubre 1991 (Ar. 7352), 31 octubre 1991 (Ar. 7473) y 19 mayo 1992 (Ar. 4090), entre otras.

¹²⁵⁴Cfr. por todos COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General.** 1991, cit. pág.579; ANTOLISEI: **Manuale di Diritto penale. Parte generale.** 13ª ed. 1994, cit. págs.499 y siguientes. En contra, vid. entre otros VANNINI: **In tema di concorso di persone nel reato.** cit. pág.7, quien exige que para que pueda construirse una participación omisiva en un delito comisivo habrá de exigirse, entre otros datos, "que se dé un acuerdo de voluntades entre el que omite y el autor del delito comisivo".

La doctrina jurisprudencial española considera necesario el *pactum scaeleris*, esto es, un acuerdo que puede ser fruto de una maquinación deliberada y con tiempo, o bien puede producirse de forma instantánea o accidental. Dicho convenio puede ser expreso o tácito, inicial o sobrevenido. Como señala AMAYA GARCIA: **Coautoría y complicidad.** cit. pág.269, la interpretación jurisprudencial de

otra forma no sería posible hablar de participación omisiva, sino de mera inercia no constitutiva de una participación del sujeto en la comisión del delito, que le era desconocida¹²⁵⁵.

Por lo que respecta a la jurisprudencia vertida sobre este tema, el problema se suele plantear en casos en los que ante la comisión de un delito se da la presencia inactiva de otro sujeto, no constando en la mayoría de las ocasiones el concierto de voluntades entre los delincuentes activos y el sujeto inactivo¹²⁵⁶. El Tribunal Supremo ha admitido en reiteradas sentencias¹²⁵⁷ que la participación, tanto en la modalidad de cooperación necesaria como en la de complicidad, puede realizarse en comisión por omisión siempre que la omisión de intervención ante un delito, unida a la voluntad de cooperar, vaya acompañada de una posición de garante surgida de una actuación del sujeto

este requisito hace que la acepción del acuerdo de voluntades sea tan amplia y extensa que la simple intención de colaboración se contempla dentro del *pactum scaeleris*, de forma que una vez cometido el delito se da por probado que existió el acuerdo de voluntades.

En Italia, la mayoría de la doctrina considera que no es necesario el "previo concierto" para configurar la participación criminal, siendo suficiente la simple voluntad de cooperar en la realización del delito. Vid. por todos NAPOLEONI: *I reati societari*. I. cit. pág.375; RENDE: *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*. cit. pág.518.

¹²⁵⁵Cfr. PAGLIARO: *Problemi generali del Diritto penale dell'impresa*. cit. pág.24.

¹²⁵⁶Vid. por ejemplo la STS 22 noviembre 1988 (Ar. 9229).

¹²⁵⁷Vid., entre otras, las SSTs 10 abril 1981 (Ar. 1624), 31 enero 1986 (Ar. 6576), 26 febrero 1987 (Ar. 2253), 13 diciembre 1988 (Ar. 9505), 21 abril 1989 (Ar. 3480), 16 febrero 1990 (Ar. 1562), 26 junio 1990 (Ar. 5679), 3 diciembre 1990 (Ar. 9863), 17 diciembre 1990 (Ar. 9526), 4 marzo 1992 (Ar. 1725), 6 abril 1992 (Ar. 2858). Otras citas de jurisprudencia en relación con la participación por omisión en ANTON ONECA: *Derecho Penal*. 2. ed. 1986, cit. pág.476, nota núm.8; GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. cit. pág.139.

creadora del riesgo o que es fuente de riesgos para otros, de una disposición legal o de la previa aceptación del sujeto, posición que implica un deber específico de impedir que se produzca el resultado dañoso. Cuando se da tal posición de garante, el "no impedir" se considera equivalente al "causar" el resultado en sentido amplio. En la doctrina del Tribunal Supremo cabe reseñar la reticencia a admitir la comisión por omisión en autoría, mientras que en las sentencias más recientes, como hemos visto, sí suele aceptar esa figura para la participación, caracterizándola precisamente por la posición de garante¹²⁵⁸. Eso sí, no se explica en qué se diferencia un garante autor de un garante partícipe¹²⁵⁹. Esta tesis jurisprudencial coincide en sus resultados con la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber. Por ejemplo, en cuanto se refiere al delito de infidelidad contenido en el parágrafo 266 del Código penal alemán (*Untreue*), consistente en la infracción de un deber, la doctrina afirma que el sujeto cualificado responde como autor de la administración desleal tanto cuando dispone él mismo del patrimonio del sujeto pasivo como si dolosamente no impide a una tercera persona realizar el acto de disposición¹²⁶⁰.

En redacción de la STS 15 abril 1889, cuyo sentido se

¹²⁵⁸Cfr. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión*. cit. pág.207; LUZON PEÑA: *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*. "PJ" núm.2, 1986, págs.73 y siguientes. Vid. por todas las SSTS 23 octubre 1991 (Ar. 7352), 31 octubre 1991 (Ar. 7473) y 18 noviembre 1991 (Ar. 9448).

¹²⁵⁹Vid. por ejemplo la STS 26 junio 1990 (Ar. 5679), ya mencionada.

¹²⁶⁰Cfr. JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*. cit. pág.62.

reitera en numerosas sentencias posteriores¹²⁶¹, "es elemento fundamental de la complicidad que los actos más o menos directos en que ésta consista, en relación con la preparación, resolución o ejecución del delito, sean practicados con conocimiento del hecho justiciable y con el ánimo de cooperar y ayudar a su ejecución". Se requiere, pues, por parte de los intervinientes en el delito, el conocimiento de la ilicitud del acto criminal que se va a cometer, denominado por la doctrina jurisprudencial *conscientia scaeleris*¹²⁶².

Tal exigencia, según un sector de la doctrina¹²⁶³, impide la admisión de la participación imprudente¹²⁶⁴, tanto en sentido

¹²⁶¹Vid. entre otras, las SSTs 4 marzo 1992 (Ar. 1725), 17 marzo 1992 (Ar. 2360), 3 noviembre 1992 (Ar. 8878), 19 febrero 1993 (Ar. 2360), 26 febrero 1993 (Ar. 1516). Esta última exige que concurra en el partícipe el "conocimiento de la ilicitud de su conducta... y sobre la conciencia de su aportación -necesaria (se analizaba un caso de cooperación necesaria)- a la realización de los hechos".

¹²⁶²Cfr. AMAYA GARCIA: *Coautoría y complicidad*. cit. pág.269.

¹²⁶³Cfr. por todos COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.579; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. 1993, cit. págs.391 y siguiente.

Vid. también JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.588, si bien debe tenerse en cuenta que el parágrafo 49. I del Código penal alemán requiere que la ayuda se preste "conscientemente", a diferencia de los artículos 16 del actual Código penal español y 28 del PCP de 1994, que no especifican. JESCHECK trata de evitar las lagunas de punibilidad que se producen con la negación de la participación imprudente señalando que ésta "puede constituir autoría imprudente, con tal de que en el correlativo delito se castigue asimismo la comisión por imprudencia". Ello no es posible en los delitos societarios, como hemos visto *supra*.

¹²⁶⁴Niegan la figura de la inducción imprudente, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal. I*. 1972, cit. pág.852; BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. pág.446; MUÑOZ CONDE: *Teoría general del delito*. 1989, cit. pág.184. Consideran incompatible la imprudencia con la cooperación necesaria o la complicidad, por todos, BUSTOS RAMIREZ: *op. cit.* pág.451;

propio o subjetivo, si hay acuerdo o conjunción con otro o al menos el sujeto es consciente del posible favorecimiento de la acción determinante de la producción del hecho, como en sentido amplio u objetivo, en caso de simple concurrencia no consciente ni buscada con otra conducta determinante¹²⁶⁵. El tema es para nosotros de gran interés puesto que, como hemos adelantado¹²⁶⁶, en Italia se propugna, dentro de la regulación de los delitos societarios, la implantación de una figura general de participación omisiva imprudente en el delito doloso cometido por el tercero¹²⁶⁷, proposición que ha sido parcialmente acogida por

BACIGALUPO ZAPATER: **Principios de Derecho penal. Parte general.** 1990, cit. pág.239; MUÑOZ CONDE: **Teoría general del delito.** 1989, cit. pág.185. Por su parte, COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General.** 1991, cit. pág.579, señalan que únicamente cabe participación imprudente en caso de error vencible acerca de la significación antijurídica (error vencible de prohibición).

Obsérvese que hablamos de "participación imprudente", y no de "participación por imprudencia", puesto que la primera significa únicamente que el partícipe actúa imprudentemente respecto al resultado típico principal, no respecto a su acto de participación, que en todo caso debe ser querido. En este sentido, cfr. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General.** 1990, cit. pág.426; QUINTERO OLIVARES: **Derecho Penal. Parte General.** 1992, cit. pág.569.

¹²⁶⁵Cfr. LUZON PEÑA: **La <<determinación objetiva del hecho>>.** cit. pág.902. Señalan MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General.** 1993, cit. pág.392, que "como no cabe la participación culposa, cualquier tipo de error (vencible o invencible) sobre un elemento esencial del tipo delictivo cometido por el autor excluirá la responsabilidad del partícipe por su participación en el delito, aunque puede quedar subsistente su responsabilidad por autoría en un delito culposo o como partícipe en otro delito distinto".

¹²⁶⁶Vid. *supra*.

¹²⁶⁷Vid., entre otros, ALBEGGIANI: **I reati di agevolazione colposa.** cit. *passim*; BRICOLA: **Lo statuto dell'impresa.** cit. págs.745 y siguiente; FLORA: **I soggetti penalmente responsabili nell'impresa societaria.** cit. págs.564 y siguientes; INSOLERA: **Concorso di persone nel reato.** cit. pág.480; MIRTO: **Il diritto penale delle società.** cit. pág.326; PEDRAZZI: **Gestione d'impresa e responsabilità penale.** cit. pág.288. Las razones de esta propuesta se hallan en la regulación que efectúa el Código penal italiano de

algún sector de la doctrina española¹²⁶⁸.

Actualmente es mayoritario en España el sector doctrinal que niega la posibilidad de incriminación de la participación imprudente en un delito doloso¹²⁶⁹. Para que la participación sea punible se requiere, según OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA, "de modo inexcusable, la presencia de dolo (directo o eventual, según los casos¹²⁷⁰). Este dolo está integrado por el conocimiento y

la autoría, ya que desde 1930 ha optado por un modelo unitario de autor, renunciando a tipificar de forma autónoma las diferentes formas de participación.

MANTOVANI: *Diritto penale. Parte generale*. 1992, cit. págs. 537 y siguiente, pone de relieve que en el artículo 113 del Código penal italiano se hace referencia únicamente a la participación en el delito culposo, y no a la participación culposa en el delito doloso. En Italia se han tipificado expresamente numerosos delitos de omisión pura, omisión referida a un resultado con y sin equivalencia comisiva, y la participación imprudente en un delito doloso, pero no propiamente la participación omisiva imprudente.

¹²⁶⁸Cfr. LUZON PEÑA: La <<determinación objetiva del hecho>>. cit. pág. 902, quien señala que en los casos en que no sea aceptable la impunidad de la participación imprudente, "por peculiaridades que hagan más peligrosa tal participación puede recurrirse a la tipificación como delito autónomo de esa figura de favorecimiento o de participación culposa de determinada conducta".

¹²⁶⁹Reconoce RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal. I.* 1972, cit. pág. 895, que "en nuestro Código no contamos con un expreso dato legal que permita fundamentar la exclusión de la complicidad imprudente". Vid. en general, COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág. 579; LUZON PEÑA: La <<determinación objetiva del hecho>>. cit. pág. 902; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II.* 1990, cit. pág. 812. Por su parte, SILVA SANCHEZ: *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (A propósito de la STS 8 julio 1985. Ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado)*. En MIR/ SILVA y otros: *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*. cit. pág. 207, advierte que personalmente no está completamente convencido de la impunidad de la participación imprudente.

¹²⁷⁰Ampliamente, en torno al tema del dolo eventual en la participación en los delitos societarios, vid. CHIARAVIGLIO: *Concorso del sindaco di società commerciali nel reato*

la voluntad (o la consciencia de la alta probabilidad) de realizar el propio comportamiento de participación. Lo que, entre otras cosas, supone conocer y querer (o tener consciencia de la alta probabilidad) que con tal comportamiento se contribuye a que otro realice una determinada conducta típica (asimismo dolosa) y antijurídica"¹²⁷¹. Otros, como CUERDA RIEZU, alegan asimismo la vigencia del principio de accesoriedad y de la unidad del título de imputación y, sobre la base de una concepción personal del injusto, señalan que "si se sigue coherentemente la teoría del injusto personal, que distingue tajantemente entre tipos dolosos y tipos imprudentes, no es posible que autor y partícipe respondan por tipos de injusto distintos (uno doloso y otro imprudente); ello estaría impedido por la accesoriedad y la exigencia de la unidad del título de imputación entre los codelincuentes"¹²⁷².

Conviene tener en cuenta que el actual Código penal sanciona en algunos tipos delictivos conductas claramente constitutivas de participación imprudente en el delito doloso cometido por un tercero¹²⁷³, esto es, conductas que favorecen o facilitan la

dell'amministratore e dolo eventuale. cit. págs.191 y siguientes.

¹²⁷¹OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.524.

¹²⁷²CUERDA RIEZU: **Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (1)**. cit. pág.505.

¹²⁷³Vid. por ejemplo, los artículos 135 bis d) y 395.

Artículo 135 bis d): "El que por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente objetos o información legalmente clasificada o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional y por imprudencia diera lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o fueren divulgados, publicados o inutilizados, será castigado con la pena de prisión menor, en su grado mínimo".

Artículo 395: "El funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la

comisión de ese otro delito doloso con el cual se hallan en relación causal, de forma que si éste se hubiera producido totalmente desligado de la conducta imprudente no serían apreciables estas figuras¹²⁷⁴. El que se haya previsto expresamente la incriminación de estas conductas da pie a la tesis que niega la punición de la participación imprudente en nuestro país.

No obstante, se afirma generalmente que la exigencia del dolo de participación no impide considerar que existe participación imprudente en casos como el de exceso del autor con imprudencia del inductor respecto a dicho exceso¹²⁷⁵; error in objecto o in persona del autor que da lugar a una aberratio ictus en el partícipe¹²⁷⁶; error vencible del partícipe respecto a un elemento cualificante del tipo realizado por el autor, etc.¹²⁷⁷.

sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo anterior, incurrirá en la pena de multa de la mitad al tanto del valor de los caudales o efectos sustraídos, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas.

Si el funcionario culpable reintegrase antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro, la pena será la de reprensión pública".

¹²⁷⁴Cfr. ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.485 y siguiente, al hilo del comentario del artículo 395, que sanciona la malversación imprudente.

¹²⁷⁵Cfr. BALDO LAVILLA: **Algunos aspectos conceptuales de la inducción**. "ADPCP" 1989, págs.1117 y siguientes; RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código Penal**. I. 1972, cit. pág.859.

¹²⁷⁶Cfr. PEÑARANDA RAMOS: **La participación en el delito y el principio de accesoriedad**. cit. págs.245 y siguientes.

¹²⁷⁷Vid. ampliamente CUERDA RIEZU: **Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal (I)**. cit. págs.500 y siguientes.

En contra, vid. entre otros, MUÑOZ CONDE: **Teoría general del delito**. 1989, cit. pág.182, quien afirma que cualquier tipo de error, vencible o invencible, sobre un elemento esencial del tipo

Y ello puesto que, ante el conflicto entre el principio de accesoriedad y el principio de responsabilidad subjetiva, se prefiere éste último en detrimento del primero¹²⁷⁸.

Asimismo se ha puesto de manifiesto que el hecho de que sea conceptualmente admisible la participación imprudente no significa que sea siempre punible. Esta observación es pertinente en el ámbito que analizamos. Aun afirmando la compatibilidad de la cooperación necesaria o de la complicidad con la imprudencia, el problema se centra en averiguar "si tales actos de auxilio son merecedores de una desaprobación jurídico-penalmente relevante", lo que no debe efectuarse "a la luz de la posibilidad de imputar objetivamente el resultado, de acuerdo con los principios de la teoría del fin de protección de la norma"¹²⁷⁹, sino basándonos en los criterios ofrecidos por una construcción doctrinal de base teleológica, atenta, por tanto, a las finalidades político-

delictivo cometido por el autor excluirá la responsabilidad del partícipe por su participación en el delito, aunque puede quedar subsistente su responsabilidad por autoría en un delito imprudente o como partícipe en otro delito distinto. En el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. págs.526 y siguientes.

¹²⁷⁸Cfr. PAGLIARO: **Problemi generali del Diritto penale dell'impresa**. cit. págs.25 y siguiente.

En este sentido, vid. PEÑARANDA RAMOS: **La participación en el delito y el principio de accesoriedad**. cit. pág.355. Este autor pone de relieve que la quiebra del principio de accesoriedad en su aspecto positivo atiende a puntos de vista materiales relacionados con el fundamento de la pena de la participación, de forma que para limitar la imputación excesiva que se podría producir por la vía de dicha accesoriedad positiva basta atender a otros principios de carácter prevalente, entre los que menciona la culpabilidad o personalidad del injusto.

¹²⁷⁹Como señala RUIZ ANTON: **El agente provocador**. cit. págs.315 y siguiente.

criminales que se atribuyen a la teoría del delito¹²⁸⁰.

La relevancia penal de un comportamiento no se ve condicionada únicamente por hechos objetivos, sino también por factores subjetivos. El dolo incide en la gravedad de la conducta, de forma que aun cuando se demuestre que la conducta imprudente del partícipe ha favorecido o aumentado el riesgo de lesión del bien jurídico penalmente protegido, la falta de dolo condiciona su relevancia penal. "Un riesgo objetivo determinado creado imprudentemente puede, pues, ser penalmente irrelevante, y, en cambio, concurriendo dolo, pasa a ser penalmente prohibible"¹²⁸¹.

La conducta propia del miembro del órgano de administración de la sociedad que, infringiendo los deberes que le incumben, favorece o facilita imprudentemente la comisión de un delito societario, constituye, sí, una conducta antijurídica, pero no un injusto merecedor en abstracto de pena¹²⁸². Es necesaria y legítima una previsión legislativa expresa de la participación imprudente, pero creemos que en relación con los delitos

¹²⁸⁰Pone de manifiesto SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. cit. págs.387 y siguiente, que buena parte de estos criterios aportados por la doctrina afectan a la conducta en sí y a los presupuestos de su "prohibibilidad penal", esto es, a la teoría del comportamiento penalmente injusto, que pertenece al ámbito de influencia político-criminal de la norma primaria, y no tanto a la teoría de la imputación objetiva del resultado, que pertenece al ámbito de influencia político-criminal de la norma secundaria.

¹²⁸¹SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. cit. pág.388.

¹²⁸²En torno a la función del juicio de antijuridicidad penal en un sistema teleológico, centrada no en la delimitación de lo prohibido respecto de lo conforme a Derecho, sino en la cualificación del injusto penal como injusto merecedor de pena, vid. SILVA SANCHEZ: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. cit. pág.389, con bibliografía complementaria.

societarios sería suficiente con una sanción pecuniaria de naturaleza administrativa establecida en las leyes mercantiles¹²⁸³. Y ello puesto que cabe esperar similares o superiores efectos preventivos de la intervención de medios menos lesivos que la pena, como la imposición de sanciones de Derecho administrativo, dejando siempre abierta la posibilidad de interposición de la acción civil de responsabilidad contra los administradores y la exigencia de indemnización de los daños y perjuicios producidos (artículos 1101 y 1902 C.c.). Con la solución propuesta se respeta íntegramente el significado de los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal¹²⁸⁴.

Atienda el legislador dicha sugerencia o no, se ha de negar toda validez a las posiciones que, desde un concepto restrictivo de autor, reconvierten una conducta que objetivamente es de participación imprudente en otra de autoría imprudente¹²⁸⁵.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha elevado la exigencia de que el cómplice actúe dolosamente a requisito esencial de la complicidad. En efecto, ha admitido en varias sentencias cooperadores necesarios imprudentes, pero no cómplices

¹²⁸³Por ejemplo, semejante a la prevista en el artículo 89 de la LSA. Esta sería la solución a que se llegaría en el Derecho penal alemán, en el cual no existen formas imprudentes de participación, mientras que en el sector de las contravenciones al orden, en el cual las decisiones deben tomarse con decisión y rapidez, el legislador ha renunciado a la tipificación de las distintas formas de participación, adoptando la concepción unitaria de autor. Vid. parágrafo 14 OWiG. Cfr. VOLK: *Introduzione al diritto penale tedesco*. cit. pág.134.

¹²⁸⁴Vid. *supra*.

¹²⁸⁵Vid. en sentido crítico DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*. cit. págs.281 y siguientes; GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. pág.298.

imprudentes. Una explicación de esta posición jurisprudencial ha sido ofrecida por RODRIGUEZ MOURULLO¹²⁸⁶, quien señala que "quizás obedezca a la consideración por parte del Tribunal Supremo de que la justicia material no exige la punibilidad de la mera complicidad imprudente como tal. A la menor gravedad de la culpabilidad del autor se une aquí la mínima eficacia objetiva del auxilio prestado, que no ha condicionado, haciéndola posible, la verificación del hecho principal, sino tan sólo facilitado la ejecución de éste".

7. 10. 4. AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL DELITO SOCIETARIO ESPECIAL EN SENTIDO AMPLIO.

Las soluciones que procede señalar a los problemas que plantean los delitos especiales en sentido amplio en torno a la autoría y participación difieren en ciertos puntos de las que corresponden a los delitos especiales en sentido estricto. Tras el análisis que de éstos se ha efectuado, me limitaré aquí a plantear los casos en que se han advertido discrepancias.

En primer lugar, en caso de que el *extraneus* sea el autor inmediato, el delito cometido será el común y no el especial en sentido amplio. Puesto que aquí no se plantea con relación al extraño ningún concurso de leyes, ya que el hecho realizado no tiene diversos aspectos valorativos como sucede cuando es subsumible en dos preceptos, tampoco concurre con respecto a la conducta del *intraneus* partícipe ningún concurso de ninguna

¹²⁸⁶En CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código Penal**. I. 1972, cit. págs.895 y siguiente.

especie¹²⁸⁷.

La coautoría no está exenta de problemas. COBO/ VIVES¹²⁸⁸ mantienen la posibilidad de coautoría del extraneus, que respondería conforme a la figura de delito cuyo reproche le es atribuible. Esta posición se relaciona íntimamente con el concepto que de los delitos especiales en sentido amplio mantienen estos autores y que hemos acogido en el texto, en el sentido de que la delimitación subjetiva en la reprochabilidad no afecta al tipo de injusto, que puede ser llevado a efecto por el no cualificado¹²⁸⁹.

En el caso inverso, de un cualificado que realiza algún acto ejecutivo en el delito común cometido por un extraño, OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA¹²⁹⁰ señalan que "si quien es *intraneus* en referencia a un delito especial impropio lleva a cabo actos ejecutivos no típicos para que realice el tipo del delito común

¹²⁸⁷Vid. GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. cit. pág.166.

¹²⁸⁸COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.577. Llegan a la misma conclusión, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho Penal*. cit. pág.292; GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. cit. pág.166; y QUINTERO OLIVARES: *Los delitos especiales y la participación en el delito*. cit. pág.80.

¹²⁸⁹A distinta solución llega RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*. I. 1972, cit. pág.838, quien pone de relieve que "no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito. De ahí se deduce la imposibilidad de que el extraño pueda responder como coautor de un delito especial. Salvo que se trate de un delito especial -incluso de propia mano- cuyo tipo esté compuesto por varios actos, pues entonces es admisible que quien no podría ser autor único, pueda, en cambio, realizar directamente algún acto ejecutivo de los varios que integran el tipo".

¹²⁹⁰OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho penal. Parte general*. 1986, cit. pág.514.

subyacente quien es extraneus respecto al delito especial, responderá como coejecutor... del delito común por cuya realización a título de autor responde el extraneus". No estoy de acuerdo con dicha postura, y la razón de esta negativa estriba en que la coautoría no es participación en hecho ajeno, sino realización del hecho propio¹²⁹¹. Cada coautor responderá por el delito que realmente ha cometido; en el caso propuesto por OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA, parece posible plantearse si la conducta del cualificado es realmente coautoría o bien podría entenderse constitutiva de participación (cooperación necesaria o complicidad) en el delito común cometido por el sujeto no cualificado, al tratarse de "actos ejecutivos no típicos"

En el supuesto de que un extraneus instrumentalice a un sujeto cualificado, esto es, a un administrador de hecho o de derecho, la mayoría de la doctrina rechaza la consideración de la autoría mediata del delito especial¹²⁹², únicamente defendida en nombre de la teoría del dominio del hecho o de la concepción subjetiva de la autoría, pero en cualquier caso forzando el principio de legalidad¹²⁹³, puesto que al sujeto que actúa detrás le falta la cualificación¹²⁹⁴. Según COBO/ VIVES¹²⁹⁵, la conducta constitutiva de autoría mediata del extraneus provoca la

¹²⁹¹Cfr. entre otros COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.576; RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal*. I. 1972, cit. pág.838.

¹²⁹²Partimos siempre de la utilización de un instrumento no doloso.

¹²⁹³QUINTERO OLIVARES: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*. cit. pág.115. En el mismo sentido, vid. GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. pág.242.

¹²⁹⁴DIAZ Y GARCIA CONLLEDO: *La Autoría en Derecho Penal*. cit. pág.157.

¹²⁹⁵COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.576.

aplicación de la figura básica, mientras que si el autor mediato reúne las características requeridas en la figura especial (*intraneus*), ésta será, evidentemente, la pertinente.

En el supuesto inverso, *intraneus* autor mediato que utiliza a un *extraneus* como instrumento, la conducta del cualificado sólo podrá ser castigada de acuerdo con el tipo especial cuando sea subsumible en él directamente. En los demás casos, únicamente podrá ser calificado de partícipe en el delito común cometido por el autor inmediato¹²⁹⁶. Como señala GIMBERNAT¹²⁹⁷, los resultados injustos a que puede conducir esta postura se pueden evitar mediante la posibilidad de incluir en el tipo directamente la conducta de algunos autores mediatos, el juego de las agravantes o una definición legal de la conducta típica en los delitos especiales que permita prever la ejecución mediata.

Con respecto a la participación del *extraneus* en el delito cometido por un *intraneus*, según COBO/ VIVES, el partícipe responderá conforme a la figura común correlativa, "pues no puede articularse una participación en las características de la culpabilidad que fundamentan la reprochabilidad del autor"¹²⁹⁸.

¹²⁹⁶Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: Autor y cómplice en Derecho penal. cit. pág.240.

¹²⁹⁷Cfr. GIMBERNAT ORDEIG: Autor y cómplice en Derecho penal. cit. págs.240 y siguientes.

¹²⁹⁸COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág. 580. A favor de esta postura se ha manifestado PEÑARANDA RAMOS: La participación en el delito y el principio de accesoriedad. cit. págs.344 y siguientes, quien señala que las soluciones propuestas por COBO/ VIVES son plausibles "cuando con ellas se logra, apelando al fundamento material de la pena de la participación, excluir la punibilidad del partícipe o ponerla en conexión con otra figura de delito más adecuada a sus circunstancias personales, siempre que la totalidad de sus presupuestos típicos... haya sido realizada también por el autor". Como ha demostrado PEÑARANDA (págs.162 y siguientes, y 187 y siguientes), el concurso de leyes tiene una naturaleza personal. La posición personal del extraño en estos

No obstante, considero preferible mantener también aquí la unidad del título de imputación¹²⁹⁹. QUINTERO justifica esta postura diciendo que "no hay ninguna regla que impida, lo que es lógico, que los partícipes en delitos especiales propios o impropios respondan penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea ese tipo"¹³⁰⁰. La exigencia de tipicidad del hecho principal en la participación ha de ser entendida, como señala PEÑARANDA, no en el sentido del tipo de injusto, sino en el de tipo de delito¹³⁰¹. De esta forma, al tratarse de un *intraneus* que es autor de un delito especial en sentido amplio, el extraño responde como partícipe en referencia al delito especial cometido por el autor, y no al delito común¹³⁰².

En el supuesto inverso, de participación de un cualificado en el hecho de un no cualificado, el primero responde como

casos es distinta a la del autor, en la cual concurren elementos que gravan su responsabilidad.

¹²⁹⁹Vid. también en este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: *Derecho Penal. Parte General*. 1993, cit. pág.397.

¹³⁰⁰QUINTERO OLIVARES: *Derecho penal. Parte general*. 1992, cit. pág.565. En el mismo sentido, vid. GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho penal*. cit. págs.292 y siguientes.

¹³⁰¹Cfr. PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. cit. págs.348 y siguiente. Sobre el concepto de "tipo de delito", vid. TORIO LOPEZ: *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*. cit. pág.76.

¹³⁰²Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: *Derecho penal. Parte general*. 1986, cit. pág.523. Llegan a la misma conclusión, con diferentes argumentaciones, GIMBERNAT ORDEIG: *Autor y cómplice en Derecho Penal*. cit. pág.; y GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. 1993, cit. pág.165 y siguiente.

partícipe en el delito común subyacente¹³⁰³. Como aquí no se plantea con respecto al extraño ningún concurso de leyes, ya que el hecho que ha realizado no presenta diversos aspectos valorativos como sucede cuando es subsumible en dos preceptos, entonces tampoco puede concurrir con respecto a la conducta del partícipe cualificado una pluralidad de valoraciones, y no cabe en modo alguno plantear la existencia de concursos¹³⁰⁴. Con PEÑARANDA, como ya he adelantado, considero que la exigencia de tipicidad del hecho principal en la participación ha de entenderse en el sentido del tipo de delito, "como conformidad con la entera descripción legal de la concreta especie delictiva"¹³⁰⁵. De esta forma, no se puede fundamentar, como

¹³⁰³En este sentido, vid. por todos MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: **Derecho Penal. Parte General**. 1993, cit. pág.397; OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho penal. Parte general**. 1986, cit. pág.523; QUINTERO OLIVARES: **Derecho penal. Parte general**. 1992, cit. pág.564.

En contra, vid. COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.580, quienes alegan que la sanción del cualificado que induce a un extraño como inductor del delito especial se fundamenta en que "las características de la culpabilidad que determinan el enjuiciamiento del cualificado conforme a una figura atenuada o agravada, para el caso de que sea autor, han de ser tenidas en cuenta para valorar su actuación de partícipe". Con PEÑARANDA RAMOS: **La participación en el delito y el principio de accesoriedad**. cit. pág.348, consideramos que "precisamente lo que se ha de justificar es que cabe acudir también a la figura que exige esa cualificación al autor, en el caso de ser sólo un partícipe quien la muestra".

¹³⁰⁴Cfr. GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. 1993, cit. pág.166.

¹³⁰⁵Cfr. PEÑARANDA RAMOS: **La participación en el delito y el principio de accesoriedad**. cit. págs.348 y siguiente.

La razón de ello se deriva de una argumentación desarrollada por el mismo autor en su obra **Concurso de leyes, error y participación en el delito**. cit. págs.189 y siguiente: si entendemos por "hecho", en el sentido de los actuales artículos 14 y 16, aquel comportamiento del autor principal que reúne el conjunto de las características definitorias de una determinada figura legal de delito, parece insostenible defender la ruptura del título de imputación en los casos en comentario.

hacen COBO/ VIVES, la sanción del partícipe *intraneus* en referencia al delito especial diciendo que las características de la culpabilidad que determinan el enjuiciamiento del cualificado conforme a una figura atenuada o agravada, para el caso de que sea autor, han de ser tenidas en cuenta para valorar su actuación como partícipe, pues, como señala PEÑARANDA, precisamente lo que hay que justificar es que quepa acudir también a la figura que exige esa cualificación al autor, en el caso de ser sólo el partícipe quien la muestra¹³⁰⁶. La accesoriedad en sentido negativo o estricto impide castigar a alguien como partícipe de un delito si el autor no ha cumplido todos los requisitos del tipo, mientras que en sentido positivo el cumplimiento de los requisitos citados en el hecho principal posibilita el castigo del partícipe por el delito cometido por el autor, aunque el partícipe no los haya realizado por sí mismo. En resumen, "lo único que la accesoriedad impone es la necesidad de que el tipo de delito del que se haya de extraer la pena haya sido plenamente realizado por el autor"¹³⁰⁷.

Se ha objetado que el mantenimiento de la unidad del título de imputación, a pesar de su coherencia con el fundamento material de la participación, puede producir efectos perjudiciales en los delitos especiales en sentido impropio

¹³⁰⁶Cfr. PEÑARANDA RAMOS: La participación en el delito y el principio de accesoriedad. cit. pág.348.

¹³⁰⁷PEÑARANDA RAMOS: La participación en el delito y el principio de accesoriedad. cit. pág.356. Este autor sigue así la distinción propuesta por HERZBERG, R. D.: *Täterschaft und Teilnahme. Eine system. Darst. anh. von Gründfallen*. München, 1977, págs.139 y siguientes.

En el ámbito de la accesoriedad, parte de la doctrina ha desarrollado otra distinción de interés, esta vez entre el aspecto interno y el aspecto externo. Cfr. sobre el tema BUSTOS RAMIREZ: *Manual de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. 1994, cit. págs.442 y siguientes; BACIGALUPO ZAPATER: *Principios de Derecho penal. Parte general*. 1990, cit. págs.232 y siguiente.

privilegiados respecto al delito común base¹³⁰⁸, pero no es este el supuesto que nos ocupa.

7. 10. 5. LAS ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO.

La cláusula que regula las actuaciones en nombre de otro tiene una finalidad clara en el Derecho penal, plenamente aplicable también al Derecho penal societario, consistente en garantizar la imputación penal de aquellos órganos subordinados que no ostentan las calificaciones especiales de autor establecidas en el tipo delictivo pero que, en lugar de las personas de esa manera cualificadas, llevan a cabo las acciones que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico penalmente protegido¹³⁰⁹. Pensemos en un apoderado del Consejo de administración de una sociedad anónima que dispone, en perjuicio de la sociedad y en beneficio propio o de un tercero, de los bienes sociales que le fueron encomendados con el fin de que procediera a su venta. Cabe preguntarse si podría cometer el delito societario contenido en el artículo 296 del PCP de 1994, en relación con el artículo 31 del mismo texto (que regula las

¹³⁰⁸Cfr. GÓMEZ BENITEZ: Teoría jurídica del delito. 1984, cit. págs.503 y siguientes.

¹³⁰⁹Cfr. SCHÜNEMANN: Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. cit. pág.542; TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. págs.42 y siguiente.

actuaciones en nombre de otro¹³¹⁰), o bien si únicamente sería posible imputarle una apropiación indebida.

Del análisis de los preceptos que regulan estas actuaciones, tanto en los diversos Ordenamientos europeos como en los diferentes textos pre-legislativos españoles y en nuestro actual Código penal, deduce la doctrina penal el ámbito de la responsabilidad del actuante en nombre de otro, que queda constituido por aquellos elementos especiales de la autoría que describen una relación de dominio sobre la causa del resultado (sea de lesión que de peligro concreto) igual a la del garante¹³¹¹. El fundamento de la responsabilidad del actuante en lugar de otro se encuentra en el abuso por éste de la función de dominio personalmente adquirida y asumida. La integración de otros sujetos distintos del formalmente idóneo en el círculo de autores de los tipos societarios especiales sólo se justifica teniendo presente que la conducta de aquéllos, a diferencia de la de otros extranei, es materialmente idéntica a la de los sujetos expresamente descritos en el tipo¹³¹², que son, en los supuestos que nos ocupan, los administradores de hecho o de derecho de una

¹³¹⁰Artículo 31: "El que actuare como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obrare".

¹³¹¹Cfr. SCHÜNEMANN: Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. cit. pág. 544, quien ofrece dos posibilidades de entender esta responsabilidad penal de garante: en la forma del dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso, o en la forma del dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado.

¹³¹²Cfr. GRACIA MARTIN: Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. cit. marginal 229.

sociedad mercantil.

Así, en el caso de la administración social fraudulenta, existe una relación de custodia sobre el bien jurídico susceptible de lesión o puesta en peligro, el patrimonio confiado al autor; y se entiende que la responsabilidad penal debe trasladarse a aquel que acepta la posición de custodia o de dominio de su titular original.

Como hemos visto *supra*, la legislación mercantil no impide que sean administradores de las sociedades mercantiles las personas jurídicas, condicionando el nombramiento a que conste la identidad de la persona física designada como representante para el ejercicio de las funciones propias del cargo¹³¹³. En el supuesto de la realización de delitos societarios especiales¹³¹⁴ por este representante, nos hallamos ante la situación peculiar de las actuaciones en nombre de otro: el representante no reúne la condición de administrador de la sociedad mercantil, condición que sí concurre en la persona jurídica administrador de la que es representante, pero realiza la conducta típica de un delito societario especial. Se plantea, de esta forma, la aplicación de

¹³¹³Vid. *supra*. El tema está aún en discusión en la doctrina italiana, si bien se excluye generalmente esta posibilidad. Vid. por todos CONTI: I *soggetti*. cit. pág.196, y la bibliografía que ofrece. El Derecho alemán, por su parte, prohíbe a las personas jurídicas ostentar cargos en el consejo de administración o en el consejo de vigilancia (artículos 76. 1 y 100. 1 LSA (AktG) de 1965). Sobre la situación en el Derecho comunitario, vid. ARANGUREN URRIZA en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. págs.140 y siguiente.

¹³¹⁴Con GRACIA MARTIN: El actuar en lugar de otro en Derecho penal. II. cit. págs.95 y siguientes, consideramos que la cláusula de actuaciones en lugar de otro es aplicable en relación tanto a los delitos especiales propios como a los impropios. No obstante, vid. en contra, por todos, BACIGALUPO ZAPATER: Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica. cit. pág.315.

la cláusula de actuaciones en lugar de otro.

El artículo 31 del PCP de 1994, que amplía el ámbito de aplicación del actual 15 bis en tanto en cuanto admite la actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro (se entiende, de una persona física¹³¹⁵), lo restringe en lo que se refiere a la persona jurídica, puesto que únicamente regula la actuación como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, eliminando la mención al representante de la misma. La doctrina penal, al hilo del estudio del artículo 15 bis del actual Código penal, ha discutido ampliamente el significado que cabe dar a las expresiones directivo, órgano y representante legal o voluntario de una persona jurídica. Y si bien OCTAVIO DE TOLEDO¹³¹⁶ considera que las expresiones "órganos" y "representantes legales" son sinónimas, BACIGALUPO¹³¹⁷, por su parte, señala que "la única diferencia conceptual relevante es la que corresponde a directivos y órganos, por un lado, y representantes (legales o voluntarios) por otro". Ante este confuso panorama doctrinal, GRACIA MARTIN¹³¹⁸ ha puesto de manifiesto que "si hiciéramos un juego de sinonimias entre las

¹³¹⁵Esta es la interpretación tradicional. No obstante, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: **Las actuaciones en nombre de otro**. cit. pág.58, entiende, al hilo del estudio de los artículos 35 PCP 1980 y 31 PANCP 1983, que la expresión "de otro" "permite referir la representación legal o voluntaria tanto a una persona jurídica (de cuyos <<directivos u órganos>> hablan inmediatamente antes los proyectos) cuanto a una persona física (de otra manera, no aludirían a un genérico <<otro>> sino a <<la misma>>...)" . Creemos que ello no es correcto.

¹³¹⁶OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: **Las actuaciones en nombre de otro**. cit. págs.56 y siguiente.

¹³¹⁷BACIGALUPO ZAPATER: **Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica**. cit. pág.326.

¹³¹⁸GRACIA MARTIN: **El actuar en lugar de otro en Derecho penal**. II. cit. pág.204.

opiniones de los dos autores citados, nos encontraríamos con que "directivos", "órganos" y "representantes legales" serían lo mismo y podrían reducirse todos ellos a una denominación unitaria. Creemos, sin embargo, que hay que partir de que cada una de esas expresiones tiene su campo semántico propio y que, si bien podrá haber interferencias y superposiciones de los tres conceptos en algunos casos, debe concederse que tienen parcelas propias o exclusivas de aplicación". Así pues, cabría distinguir entre las tres figuras que el artículo menciona, si bien el fundamento de la distinción ha de buscarse en el Derecho mercantil. Ahora bien, esta discusión se ve relativizada al haberse sustituido en el artículo 31 PCP de 1994 la alusión a los "directivos", "órganos" y "representantes legales" por la mención a "los administradores de hecho o de derecho".

El término "directivo" no tiene un significado preciso en la regulación mercantil. En palabras de OCTAVIO DE TOLEDO¹³¹⁹, alude "a quienes en relación con la marcha de la persona jurídica, ostentan, individual o colectivamente, conforme al esquema organizativo de la misma, la función de dirigirla... Son, en definitiva, las personas físicas que desempeñan los puestos más elevados y a los que está atribuida mayor capacidad de decisión en el seno de la persona jurídica: miembros del consejo de administración, presidente, vicepresidente ejecutivo o consejero-delegado del mismo, director o subdirector, director-gerente, etcétera".

Los órganos de la sociedad mercantil son la Junta general y los administradores, como hemos visto.

¹³¹⁹OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Las actuaciones en nombre de otro. cit. pág.54. En sentido coincidente, vid. GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. cit. pág.11.

La LSA confiere a los administradores la función de representar a la sociedad en juicio o fuera de él, y deja a los estatutos sociales la determinación de la forma en que ha de ejercitarse esa función (artículos 9. h y 128)¹³²⁰. Se trata ésta de una representación de carácter legal¹³²¹. El artículo 124 RRM contempla la atribución a los administradores del poder de representación según sea el modo de organización de la administración social¹³²². Por otra parte, tanto el artículo 9 de la LSA como el 125 establecen la distinción entre administradores con representación y sin representación¹³²³, permitiéndose así la existencia de órganos de administración sin poder de representación, por haberlo delegado por completo en los consejeros delegados y/ o la comisión ejecutiva.

¹³²⁰Vid. ampliamente ESTEBAN VELASCO: **Modalidades de atribución y el ejercicio del poder de representación**. cit. págs.305 y siguientes.

¹³²¹Cfr. URÍA: **Derecho Mercantil**. 1993, cit. pág.341.

¹³²²Se establecen al efecto las siguientes normas: a) en el supuesto de que la administración de la sociedad se confiera a una sola persona, el poder de representación corresponderá necesariamente a ésta; b) si son varios administradores solidarios, la representación corresponderá a cada uno de ellos; c) en el caso de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercitará mancomunadamente; d) y, en el caso del Consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo que actuará colegiadamente, sin perjuicio de que los estatutos puedan atribuir el poder de representación a uno o varios miembros a título individual o conjunto. En este último supuesto, se pueden plantear tres situaciones distintas: ejercicio de la representación por el propio Consejo, por administradores representantes en virtud de cláusulas estatutarias y por administradores delegados. Cfr. ESTEBAN VELASCO: **Modalidades de atribución y el ejercicio del poder de representación**. cit. pág.314.

¹³²³Cfr. BURGOS/ MARTINEZ/ OLABARRI: **Reforma de la legislación mercantil**. II. cit. pág.187. La lectura del artículo 124. 2. d) RRM confirma esta conclusión.

No cabe duda que la representación legal u orgánica de los administradores es compatible con apoderamientos aislados (representaciones voluntarias) que la sociedad pueda conceder a favor de cualquier persona para asuntos concretos que no sean indelegables por estar expresamente encomendados a aquéllos por la LSA o los estatutos¹³²⁴.

Ante este panorama, a menos que el representante de la persona jurídica administrador sea a su vez miembro del órgano de administración o directivo de la misma, aparece aquí una laguna de punibilidad de difícil justificación. Y ello puesto que, como hemos visto, ni todos los directivos u órganos tienen poder de representación, ni el gozar de dicho poder supone conjuntamente la cualidad de directivo u órgano de la persona jurídica¹³²⁵. La redacción del artículo 30 del Anteproyecto de 1994 daba pie a considerar que también los representantes no órganos ni directivos de la persona jurídica se incluían en su ámbito de aplicación, al señalar en su última frase "cuando tales circunstancias se dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obrare", que se repite exactamente en el artículo 31 del PCP de 1994. Parece que el pre-legislador no quiso excluir del ámbito de aplicación del precepto las

¹³²⁴Cfr. URÍA: Derecho Mercantil. 1993, cit. pág.342. Vid. ampliamente DIEZ PICAZO: La representación en Derecho privado. Madrid, 1979, pág.72.

¹³²⁵Vid. en contra BACIGALUPO ZAPATER: Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica. cit. pág.326, quien considera que la enumeración "no se refiere sino a figuras jurídicas que tienen en común el carácter de representantes, es decir, de personas (naturales) que tienen la posibilidad de realizar negocios y actos jurídicos en general imputables a una persona jurídica". También OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Las actuaciones en nombre de otro. cit. pág.56, quien considera que la expresión "en representación legal", "debe estimarse reiterativa, en la medida en que se piense que tal representante puede subsumirse, de antemano, bajo el concepto de <<directivo>> o de <<órgano>> de la persona jurídica".

actuaciones de los representantes de las personas jurídicas, no obstante lo cual es exigible una mayor precisión en la redacción, para evitar problemas interpretativos como el que aquí se ha planteado.

En el supuesto de aplicación del artículo 31, conviene advertir que las reglas generales de autoría y participación aplicables a los delitos especiales, analizadas *supra*, permanecen inalteradas para las actuaciones en lugar de otro¹³²⁶. De esta forma, el representante sólo responde en concepto de autor si ha realizado actos que fundamenten la autoría; en otro caso responde, según la conducta realizada, como partícipe.

Ahora bien, la cláusula del artículo 31 extiende el ámbito de la autoría en los delitos especiales en todas sus formas (directa, coautoría, mediata)¹³²⁷, lo cual provoca ciertos efectos que deben ser tenidos en cuenta. En este sentido, evidentemente nunca será posible apreciar coautoría en el representante por la ejecución del hecho junto al sujeto idóneo persona jurídica administrador, puesto que tales entes no pueden realizar ningún tipo de comportamiento penalmente relevante. No obstante, es posible la coautoría con otros *intranei*.

El actuante en lugar de otro puede también ser autor mediato tanto si utiliza como instrumento a un *extraneus* como si dicho instrumento es un *intraneus*. **completar**

Otro efecto que produce la aplicación de la cláusula de actuación en nombre de otro es el de permitir la participación de

¹³²⁶Cfr. QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES/ MUÑOZ CONDE: La Reforma penal de 1983. cit. pág.104.

¹³²⁷Cfr. GRACIA MARTIN: El actuar en lugar de otro en Derecho penal. II. cit. pág.112, sin referencia concreta al Proyecto.

extranei en el hecho del actuante en lugar de otro. Como hemos visto al analizar la autoría y participación en los delitos especiales en sentido estricto, sin la cláusula que analizamos el actuante en lugar de otro debería quedar impune por no ser sujeto cualificado; al no haber autor principal quedarían impunes también los extranei que hubieran actuado como partícipes en el hecho de aquél. Con la cláusula es posible penar al partícipe no cualificado como partícipe en el delito del ahora *intraneus*, esto es, del actuante en lugar de otro.

En lo que se refiere a la participación, con GRACIA MARTIN¹³²⁸ consideramos que "si la cláusula de las actuaciones en lugar de otro provoca una ampliación del círculo de *intranei* de los delitos especiales, en sentido estricto y en sentido amplio, ello sucede a todos los efectos derivados de la tipicidad, y por ello también para el régimen aplicable en la participación". Nos remitimos, pues, a lo ya señalado *supra* acerca de la participación de sujetos cualificados y no cualificados en los delitos especiales.

¹³²⁸GRACIA MARTIN: El actuar en lugar de otro en Derecho penal. II. cit. pág.118.

CAPITULO OCTAVO

8. LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LOS DELITOS SOCIETARIOS.

8. 1. SANCIONES PENALES.

8. 1. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

Las alegaciones anteriormente hechas acerca de la conveniencia de tipificar ciertas conductas que, realizadas en el ámbito de las sociedades mercantiles, se estiman acreedoras de tutela penal, plantean la importante cuestión de la naturaleza y entidad de las sanciones que han de ser impuestas¹³²⁹. Como punto de partida debemos tener presente la importancia y trascendencia general de los delitos societarios y de los intereses que tutelan¹³³⁰. A este dato ha de

¹³²⁹TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.103.

¹³³⁰Los tipos penales han de estructurarse de forma que se adecúe la tutela del bien jurídico a las circunstancias o modo en que éste resulte atacado, atendiendo así, por ejemplo, a la

adecuarse la sanción penal, con el fin de respetar el principio de proporcionalidad en sentido estricto¹³³¹: como señala TERRADILLOS BASOCO, la gravedad de las sanciones correspondientes a los delitos societarios no puede ser de menor entidad que la de las sanciones previstas para delitos que agotan su lesividad en un concreto patrimonio individual¹³³².

Y ello partiendo de que la problemática de las consecuencias jurídicas del delito posee hoy el mismo rango científico que desde siempre se ha atribuido a las cuestiones de la teoría del delito¹³³³: gran número de cuestiones de la teoría general del delito sólo pueden tener una solución

peligrosidad del medio empleado, a la presencia o ausencia de circunstancias que atenúan o agravan la culpabilidad del autor, etc. Como indican ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. cit. pág.116, "tales diferenciaciones se plasman siempre en un escalonamiento de los marcos penales de cada figura delictiva. Un marco penal demasiado reducido comporta el peligro de que el juez no pueda en su sentencia tomar en cuenta suficientemente la presencia de elementos atenuantes o agravantes de la culpabilidad y, por el contrario, un marco penal demasiado amplio afecta a la seguridad jurídica, pues el juez carece de referencias para establecer la pena concreta que corresponde a casos de gravedad media".

¹³³¹La exigencia de proporcionalidad ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal. Se ha de atender, en primer lugar, a la gravedad del delito cometido, esto es, al contenido de injusto, al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad del autor. Vid., por todos, COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.71; SAINZ CANTERO: **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**. 3. ed. 1990, cit. pág.42.

¹³³²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios**. cit. pág.103; del mismo autor: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.59.

¹³³³Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.677. Vid. también FIGUEIREDO DIAS: **Direito penal português. Parte Geral. II**. 1993, cit. pág.41; KAISER: **Erneuerung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems...** en **Estudios Eduardo Correia II**, 1989, pág.282.

definitiva a partir de la consecuencia jurídica¹³³⁴.

En efecto, el sistema de sanciones de los delitos societarios constituye un punto central de su regulación, puesto que es donde las tendencias de la Política criminal se advierten con mayor claridad. En este sentido, la regulación de los delitos societarios en los diversos Proyectos, y en concreto en el PCP de 1994, manifiesta unas tendencias modernas y positivas.

La diversidad de opiniones doctrinales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya examinada, tiene su reflejo en el campo de las sanciones. Debemos, por consiguiente, analizar la respuesta penal frente al sujeto activo persona física, junto a la que se reserva a la persona jurídica¹³³⁵.

8. 1. 2. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Las penas más extendidas en nuestro sistema punitivo, la multa y la privación de libertad, no escapan de críticas a la hora de analizar su conveniencia con respecto a los delitos societarios.

La pena privativa de libertad presenta gran número de disfunciones, puestas de manifiesto por la doctrina, pese a lo cual continúa siendo en la mayoría de los Estados la sanción

¹³³⁴Cfr. FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte Geral. II.* 1993, cit. pág.40.

¹³³⁵Vid. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios.* cit. págs.103 y siguiente; del mismo autor: *Derecho penal de la empresa.* cit. págs.59 y siguientes.

jurídico penal más aplicada¹³³⁶. En primer lugar, se trata de examinar su idoneidad en relación con los fines propuestos, y en este sentido se señala que el dirigente societario al que se aplica, paradigma del delincuente de cuello blanco, responde, en términos generales, al modelo de sujeto que busca fines socialmente aceptados, si bien en esta búsqueda se excede en los medios y traspasa la delicada frontera que separa la actividad económicamente agresiva pero lícita de la ilícita, siendo también paradigma de sujeto que no requiere de resocialización y menos de resocialización carcelaria¹³³⁷.

Se alude también al papel natural de "extrema ratio" que la pena privativa de libertad ha de desempeñar dentro del universo sancionatorio¹³³⁸, lo cual no implica sugerir la

¹³³⁶Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.679.

¹³³⁷TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.108. Vid. en contra BERISTAIN IPIÑA: El delincuente de cuello blanco. cit. pág.9; del mismo autor: La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas. cit. págs.153 y siguientes; RUIZ VADILLO: Los delitos contra el orden socio-económico. cit. págs.233 y siguientes. También BAJO FERNANDEZ: La delincuencia económica. cit. pág.28, quien, no obstante, censura este planteamiento, propugnando una concepción retributiva de la pena.

En el sentido del texto indica MUÑOZ CONDE: La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito. cit. pág.97, que en el caso de los delincuentes de cuello blanco "las probabilidades de que el sujeto vuelva a delinquir son elevadas y, sin embargo, también aquí se considera que una resocialización es innecesaria, porque después de todo este tipo de delincuencia se caracteriza por el empleo, coyunturalmente ilegal..., de los mismos usos y esquemas mentales de acumulación y circulación de capital vigentes en la sociedad capitalista, y aunque contravengan ciertas reglas del juego, no se diferencian, en el fondo, de los que actúan con los mismos esquemas, pero respetando unas normas legales premeditadamente confusas y ambiguas en estos casos". En contra, vid. BUENO ARUS: Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores. cit. págs.303 y siguiente, y bibliografía allí recogida.

¹³³⁸Cfr. BERNARDI: Società commerciali e sistema sanzionario: prospettive di riforma. cit. pág.14. En el mismo sentido, JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.679, quien expone que de acuerdo con tal exigencia, el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del

exclusión de las penas privativas de libertad del sector de la criminalidad societaria, creando áreas privilegiadas inmunes a las sanciones más aflictivas y estigmatizantes¹³³⁹, sino circunscribir el recurso a ella en los casos de los delitos más graves¹³⁴⁰. De otra forma la pena privativa de libertad carecería del obligado consenso y reprobación social que reclama la pena¹³⁴¹, pudiendo quedar reducida a letra muerta por la resistencia judicial a aplicarla¹³⁴². Por otra parte, no es preciso insistir en que tienen perfecta vigencia y aplicación al ámbito de los delitos societarios los principios generales sobre la intervención penal del Estado en la realidad social (intervención mínima, subsidiaria, fragmentaria, etc.), de los cuales partimos al efectuar este estudio¹³⁴³.

Ahora bien, que la pena privativa de libertad no resocializa parece incuestionable¹³⁴⁴, pero tampoco resocializa al delincuente convencional, lo cual no permite

delincuente, celebrado en 1980, proclamó en su resolución núm.8 la obligación de los Estados en la búsqueda de alternativas a la pena privativa de libertad, como la suspensión penal a prueba y el trabajo de utilidad común.

¹³³⁹Cfr. GROSSO: *Gestione dell'impresa. La disciplina giuridica penalistica*. En *Impreditore e legge penale*. cit. págs.129 y siguientes; en el mismo sentido, BERNARDI: *Società commerciali e sistema sanzionatorio*. cit. pág.14.

¹³⁴⁰Vid. BOSLY: *Responsabilité et sanctions en matiere de criminalité des affaires*. cit. pág.129. En el mismo sentido, vid. Recomendación N R (81) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa.

¹³⁴¹Cfr. BERISTAIN IPIÑA: *El delincuente de cuello blanco*. cit. pág.7.

¹³⁴²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.59.

¹³⁴³Vid. GARCIA-PABLOS DE MOLINA: *Problemas actuales de la Criminología*. cit. pág.197.

¹³⁴⁴Vid., entre otros, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito o eufemismo*. "ADPCP" 1979, pág.679.

todavía, en la situación actual, prescindir de ella¹³⁴⁵.

No obstante, las críticas se han centrado en las penas cortas privativas de libertad¹³⁴⁶, esto es, en aquellas cuya duración es inferior a seis meses¹³⁴⁷. Los diferentes

¹³⁴⁵Cfr. entre otros LANDROVE DIAZ: **Las consecuencias jurídicas del delito**. cit. pág.68. Respecto a los delitos económicos, señala QUINTERO OLIVARES: **Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica**. cit. pág.792, que "la pena tradicional de privación de libertad seguramente habrá de continuar existiendo en mayor o menor medida o frecuencia también para estos delitos". En el mismo sentido, afirma TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.59, que "no se puede afrontar un fenómeno criminal que responde al afán de lucro monetarizando el Derecho penal, bien al contrario ha de reivindicarse el mantenimiento de las penas privativas de libertad como instrumento irrenunciable de una política penal preventiva".

¹³⁴⁶Afirma VON LISZT: **Tratado de Derecho Penal**. II. Trad. Jiménez de Asúa. Madrid, 1916, pág.16, que "lo que caracteriza el comienzo del movimiento de reforma es la lucha contra las penas cortas de privación de libertad, dominantes en nuestra jurisprudencia penal actual, que en la forma en que hoy se aplican, ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen". Sobre su pensamiento en relación a estas penas, vid. VON LISZT: **Kriminalpolitische Aufgaben**. En *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. I. Berlin, 1904, págs.340 y siguientes; del mismo autor: **Die Reform der Freiheitsstrafe**. En *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. I. cit. págs.514 y siguientes.

Sobre la cuestión en el positivismo criminológico, vid. GAROFALO: **La criminología**. Trad. Dorado Montero. Madrid, s/ f, págs.317 y siguientes.

¹³⁴⁷Las penas cortas privativas de libertad hace decenios que cayeron en desgracia, como hemos visto. Se afirma que son costosas en su ejecución, que su breve duración no permite una eficaz resocialización, y, sobre todo, que constituyen un factor criminógeno de primer orden, al poner en contacto al delincuente primario con los habituales.

En la actualidad está muy extendida la opinión de que debe intentarse reducir el número de penas cortas privativas de libertad, acudiendo a diversos sustitutivos penales que permitan alcanzar los fines de prevención general y especial sin los nocivos efectos antes señalados. Cfr. LANDROVE DIAZ: **Las consecuencias jurídicas del delito**. cit. págs.67 y siguiente. Sobre las penas sustitutivas de la privación de libertad de corta duración en Italia, vid. entre otros ANTOLISEI: **Manuale di Diritto penale. Parte generale**. 13. ed. 1994, cit. págs.673 y

proyectos españoles se encuadran en la tendencia general a suprimir las penas cortas de privación de libertad¹³⁴⁸.

Teniendo esto en cuenta, conviene señalar que la eficacia intimidante de la prisión, incluso de muy corta duración, siempre que no se suspenda condicionalmente¹³⁴⁹, ha sido constatada por investigaciones criminológicas llevadas a cabo en los más diversos ámbitos geográficos¹³⁵⁰. Parece que, junto con la publicidad, es la sanción más temida por los delincuentes de cuello blanco, que la consideran la más

siguientes, y la bibliografía allí recogida. En torno al carácter excepcional de la pena corta privativa de libertad en Alemania, vid. el Primer Informe escrito de la Comisión especial para la reforma del Derecho penal, BT-Drucksache V/4049, pág.6; y el Segundo Informe, BT-Drucksache V/4095, pág.19. El coste social y los efectos ordinariamente desocializadores de las penas cortas reclaman su solución, según DE SOLA DUEÑAS: **Alternativas a la prisión en la PANCP (1983)**. cit. pág.214. En el mismo sentido, vid. por todos JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.698 y siguientes.

¹³⁴⁸El artículo 39 del PCP de 1980 establece, como sabemos, que la "pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses", dicción que se reitera en la PANCP de 1983, así como en el artículo 33 del PCP de 1992, en el 35. 1 del Anteproyecto de 1994 y en el 36 del PCP de 1994.

Artículo 36 PCP de 1994: "1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente puedan disponer otros preceptos del presente Código".

¹³⁴⁹La alusión a la imposibilidad de la suspensión de la pena corta de prisión para los delincuentes societarios requiere alguna reflexión. En la mayoría de los casos concurrirán los requisitos para aplicar el instituto de la condena condicional. Su negación a una categoría de delincuentes sólo podría justificarse por motivos razonables, no bastando, en mi opinión, la alegación del fin de prevención especial a estos efectos. Se trata de una decisión de política criminal, sólo justificada en una situación excepcional. Cfr. BUENO ARUS: **Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores**. cit. pág.304.

¹³⁵⁰Vid. entre otros, BAYLOS/ TERRADILLOS: **Derecho penal del trabajo**. 1991, cit. pág.200, con una sucinta referencia; TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.59; TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. págs.160 y siguientes.

terrible¹³⁵¹. Este dato merece ser tenido en cuenta a la hora de prever las sanciones más adecuadas a los delitos societarios, sin que ello implique mantener las virtudes de la pena puramente retributiva para estos delincuentes¹³⁵². Por otra parte, sostiene TIEDEMANN que los argumentos a favor de la tendencia a abolir o restringir las penas de prisión menores, en especial el de los efectos negativos de la prisión breve para la rehabilitación del delincuente, no son aplicables respecto de individuos que no han de ser rehabilitados por la prisión, como es el caso de los autores de delitos societarios¹³⁵³. En este sentido, el Quinto Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, Ginebra 1975, apuntó que la pena privativa de

¹³⁵¹SCHÜNEMANN: Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. cit. pág.552, pone de relieve que "en vista del potencial círculo de autores, personas socialmente adaptadas y sin duda insensibles a las penas pecuniarias, pero seguramente muy sensibles a la privación de libertad y a la pérdida de <<status>> vinculada a ella, es de esperar que la eficacia de la sanción pueda verse incrementada de un modo decisivo en el caso de la imposición de una pena privativa de libertad, aunque fuera breve".

¹³⁵²Advierte, en efecto, QUINTERO OLIVARES: Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica. cit. pág.791, que "el argumento, manejado frecuentemente, de que las personas "integradas", como suelen ser los delincuentes económicos, no temen más que a la privación de libertad y, por ello, tal pena resulta eficaz para ellos en medida mucho mayor que para los demás delincuentes, creo que ha de ser escuchado con suma prudencia si se quiere evitar el riesgo de la demagogia fácil y, lo que es más grave, el olvido del principio constitucional de igualdad".

¹³⁵³TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.163. JESCHECK: La crisi della politica criminale. En Stile (a cura di): Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale. Nápoles, 1981, pág.35, también se ha manifestado a favor de la pena breve privativa de libertad para los autores de delitos económicos en general, alegando la fuerte eficacia intimidatoria de que goza sin que por ello llegue normalmente a tener en el caso de delincuentes económicos el temido efecto desocializador. Sobre esta última afirmación dice LUZON PEÑA: Medición de la pena y sustitutivos penales. cit. pág.75, nota núm.155, que es más que discutible.

libertad debería usarse más a menudo respecto a los hombres de negocios y que el argumento de que no es siempre efectiva en cuanto a otros delitos no debería impedir su aplicación a aquéllos¹³⁵⁴.

Conviene tener en cuenta, además, que en algunos países europeos como Suecia, Reino Unido, Suiza y los Países Bajos, se observa un regreso a la pena corta privativa de libertad, sobre todo en la lucha contra la criminalidad pequeña y mediana. El convencimiento de que los inconvenientes que se atribuyen a la pena corta privativa de libertad pueden desaparecer en parte configurando de forma más adecuada la ejecución se halla en la base de esta nueva tendencia. Con todo, estos países siguen considerando la pena corta privativa de libertad, no como una aportación positiva a la Política criminal, sino como un recurso auxiliar imprescindible¹³⁵⁵.

Por lo que se refiere a la pena larga privativa de libertad, se viene manteniendo que su aplicación en este ámbito de la delincuencia provocará la resistencia judicial en caso de no guardar proporción con el desvalor del hecho, pudiendo quedar reducida a letra muerta¹³⁵⁶. No obstante, la escasa

¹³⁵⁴Cfr. LOPEZ REY Y ARROJO: La criminalidad económico-social en la política criminal de las Naciones Unidas. cit. pág.41.

¹³⁵⁵Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.680.

¹³⁵⁶En efecto, como señala MARINUCCI: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi*. cit. pág.101, se tiene la impresión de que una de las razones de la lamentada escasez de aplicación de las normas incriminadoras en materia societaria resida precisamente en la elección de penas privativas de libertad, cuya gravedad, con razón o sin ella, no encuentra eco en las valoraciones de los órganos jurisdiccionales. Y, en este sentido, se señala correctamente que una pena de privación de libertad más moderada, pero que se cumpla realmente, resultará mucho más eficaz en orden a la tutela del bien jurídico, que una pena de privación de libertad "nominalmente" muy larga que, en la práctica, acabe no aplicándose. Las consecuencias de la no aplicación, desde los puntos de vista de la prevención general y especial, no pueden ser más nefastas. Vid. BECCARIA: De los

aplicación de la pena privativa de libertad en los delitos societarios parece radicar, más que en su naturaleza, en la reticencia de los jueces frente al castigo de estos delincuentes¹³⁵⁷. La falta de aplicación de las penas previstas por el sector penal del Ordenamiento jurídico puede provocar, en el plano de los hechos, el surgimiento de sentimientos de inseguridad y desconfianza en el Derecho, con la consiguiente atenuación de sus funciones de intimidación y de orientación cultural¹³⁵⁸. Ahora bien, progresivamente se va aceptando en todos los ámbitos sociales, y también en el judicial, la necesidad de hacer frente con medidas eficaces a unos delitos cuya trascendencia es obvia¹³⁵⁹.

8. 1. 3. LA PENA DE MULTA.

Se observa en el Derecho comparado una tendencia progresiva a simplificar el régimen de penas, convirtiendo a la prisión y a la multa en los dos pilares del sistema. Especialmente la pena de multa se ha convertido en la más

delitos y de las penas. Cap.27.

¹³⁵⁷TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.109. En el mismo sentido se ha manifestado MARINUCCI: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. En *Il diritto penale delle società commerciali*. cit. pág.72, quien pone de relieve que la furia represiva que a veces llena al legislador en materia societaria, cuando recurre a penas privativas de libertad cada vez más severas, no encuentra eco en los órganos judiciales, los cuales no parecen dar la misma importancia a los bienes ofendidos por los delitos societarios, lo cual se traduce en una aplicación blanda y sustancialmente elusiva de las figuras del delito sancionadas más severamente.

¹³⁵⁸Cfr. BERNARDI: *Società commerciali e sistema sanzionatorio: prospettive di riforma*. cit. pág.15.

¹³⁵⁹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.59.

importante sanción jurídico-penal en países como Alemania¹³⁶⁰, en los cuales aparece tanto como pena principal, al lado de la pena privativa de libertad, como con finalidad sustitutiva de la misma. Enmarcada en esta tendencia general, se plantea en la doctrina española la necesidad de fortalecer la pena pecuniaria para que pueda sustituir, al menos en los niveles inferiores de la criminalidad media, a las sanciones privativas de libertad¹³⁶¹.

No obstante, actualmente las críticas a la pena pecuniaria frente a los delitos societarios gozan de amplia difusión¹³⁶², y son predicables tanto de las que se impongan a las personas

¹³⁶⁰Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.681. Sobre la situación en Portugal, vid. ampliamente FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte Geral. II*. 1993, cit. págs.123 y siguientes.

¹³⁶¹Vid. entre otros, ANTON ONECA: *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. 1986, cit. págs.576 y siguientes; CERVELLÓ DONDERIS: *La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español*. cit. pág.58; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.705; MANZANARES SAMANIEGO: *Las penas patrimoniales en la PANCP*. cit. pág.233. Vid. una visión crítica en SOLA/ GARCIA/ HORMAZABAL: *Alternativas a la prisión*. cit. págs.61 y siguientes.

Por otro lado, todas las corrientes doctrinales que desde bases preventivas afrontaron la crítica del sistema represivo decimonónico se plantearon como objetivo lograr la desaparición de las penas cortas privativas de libertad, y en este marco propugnaron como sustitutivo las sanciones de tipo pecuniario. Así, dentro del positivismo criminológico, GAROFALO: *La criminología*. cit. págs.499 y siguientes, analizó y propuso el empleo de la sanción pecuniaria para ciertos tipos de delincuentes, entre los cuales incluye los delincuentes desprovistos del sentido de la probidad, adultos culpables de bancarrota e insolvencia punible.

¹³⁶²Vid. por todos MARINUCCI/ ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. pág.73, quienes indican que la mera amenaza de una sanción pecuniaria representa para los órganos de la acusación pública un escaso incentivo para ejercitar la acción penal, mientras que no tiene capacidad disuasoria frente al delincuente potencial; en el mismo sentido, BRICOLA: *Il costo del principio "societas delinquere non potest"*. cit. pág.42; GROSSO: *Gestione dell'impresa*. cit. pág.128; MAZZACUVA: *Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario*. cit. pág.227.

físicas como de las que puedan alcanzar a la sociedad.

Entre los argumentos críticos, se sostiene que las multas habrían de ser extraordinariamente altas si se quiere que no pierdan su eficacia intimidante y preventiva al quedar absorbidas en el capítulo de riesgos empresariales¹³⁶³. Se requiere, igualmente, que no puedan ser transferidas a otro, como ocurriría en los casos de monopolios o de posición preeminente en el mercado, supuestos en los que realmente perjudicados serían los compradores de los productos de la sociedad, cuyo precio se habría incrementado para enjugar la multa¹³⁶⁴, ni que existan posibilidades de desplazamiento, asumiendo secretamente su pago un tercero, caso que merece atención sobre todo en el Derecho penal económico, cuando los empleados delinquen en interés de la sociedad¹³⁶⁵. En tercer lugar, se observa que la sanción pecuniaria que debe pagar la sociedad, por haber sido su destinatario o por repercutírsela sus directivos, castiga a los socios no culpables¹³⁶⁶.

¹³⁶³Cfr. en particular ALESSANDRI: I reati societari. cit. pág.493; GARCIA-PABLOS DE MOLINA: Problemas actuales de la criminología. cit. pág.202; GROSSO: Gestione dell'impresa. La disciplina giuridica penalistica. cit. pág.128; MARINUCCI: Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni. cit. pág.72; TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.163; QUINTERO OLIVARES: Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica. cit. pág.792.

¹³⁶⁴TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.106. Cfr. BOSLY: Responsabilité et sanctions en matiere de criminalité des affaires. cit. pág.130; GARCIA-PABLOS DE MOLINA: Problemas actuales de la Criminología. cit. pág.202; BERISTAIN IPIÑA: Ciencia penal y Criminología. cit. pág.200.

¹³⁶⁵Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.682.

¹³⁶⁶Vid. MARINUCCI/ ROMANO: Tecniche normative nella repressione penale, cit. pág.690. BRICOLA: Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano. cit. pág.241, propone como solución el reembolso de su importe a los socios minoritarios. También BARBERO SANTOS: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?. cit. pág.480, señala la posibilidad para el miembro que se ha opuesto

Asimismo, se reprocha a la actual regulación de la sanción pecuniaria que no permita la recuperación de los beneficios que eventualmente la sociedad pueda haber percibido gracias al comportamiento ilícito del administrador¹³⁶⁷.

Por último, también es aplicable en el ámbito de las sanciones de los delitos societarios la observación, general para todo tipo de delitos, acerca de la consideración del trato discriminatorio que puede suponer para el autor la pena de multa, según sea su condición social y económica¹³⁶⁸; dado que el impago de la multa produce su transformación en arresto sustitutorio o, lo que es lo mismo, en privación de libertad, a la que se verían abocadas las personas sin medios económicos, mientras que los delincuentes de origen y condición social acomodada eludirían sistemáticamente, con esta clase de pena,

previamente al acuerdo del grupo de exigir la oportuna indemnización cuando la sociedad sea condenada a una multa.

Los artículos 196 y 197 del Código penal italiano comportan una especie de transmutación de la multa en una obligación civil a cargo de la persona, física o jurídica, de la cual depende el sancionado, en los casos de insolvencia de éste. Vid. BERNARDI: *Società commerciali e sistema sanzionatorio: prospettive di riforma*. cit. pág.15.

¹³⁶⁷Según MANZANARES SAMANIEGO: *Las penas patrimoniales*. cit. pág.267, una de las tres opciones que, de *lege ferenda*, se presentan ante el legislador español para privar al reo de la ganancia obtenida por medio del delito es "acudir a la multa como medio de evitar el provecho, haciendo que la pena pecuniaria no sea inferior al beneficio económico conseguido". Como veremos posteriormente, no es éste el camino elegido por el pre-legislador de 1992.

¹³⁶⁸Esto ha sido puesto de manifiesto por todos los autores que han analizado la pena de multa. Así, ya a finales del siglo pasado PRINS: *Science penale et Droit positif*. Bruxelles-Paris, 1889, pág.480, señalaba que "la uniformidad en la cuantía de las multas ha producido, bajo la apariencia de la igualdad, la desigualdad en la distribución de los castigos, la misma condena es, para el rico, un juego, y para el pobre, la ruina". Vid. también FIGUEIRIDO DIAS: *Direito penal português*. Parte Geral. II. 1993, cit. pág.121.

el "estigma de la cárcel"¹³⁶⁹.

Desde otro punto de vista, se alega que la multa sigue siendo pena válida, por afectar a lo económico, que es el objetivo pretendido por los autores¹³⁷⁰. TIEDEMANN señala, además, que "el argumento de que las empresas calcularían los precios futuros de sus mercancías y servicios a partir de las multas pagadas y las transferirían de esta forma a los consumidores no tiene demasiado en cuenta el mecanismo de los mercados, que con frecuencia no admiten tales aumentos arbitrarios de precios, aunque en ocasiones sí se produzcan"¹³⁷¹. Por otra parte, la multa ha de fijarse en relación con los beneficios económicos logrados o pretendidos por la acción delictiva¹³⁷², y con la capacidad económica del

¹³⁶⁹Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.681; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. págs.806 y siguiente. En efecto, la pena subsidiaria privativa de libertad que amenaza al condenado incapaz de abonar la multa, aunque se le concedan facilidades de pago, constituye una deficiencia grave, puesto que la pobreza desemboca en privación de libertad.

¹³⁷⁰Las sanciones pecuniarias son especialmente idóneas en este ámbito de la delincuencia cuyo motor es el móvil lucrativo. Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Los delitos contra el orden socio-económico en el Derecho penal francés*. cit. pág.236. Se dice que sólo así podría ser la sanción disuasiva frente a esa clase de sujetos activos, excitados por la cultura del poder y el poseer. Cfr. HERRERO HERRERO: *Los delitos económicos*. cit. pág.556.

No es por casualidad que en el Derecho penal alemán se ofrezca al Juez, en el parágrafo 41 StGB, la posibilidad de imponer la pena de multa conjuntamente con la de privación de libertad en los supuestos en los que "el delincuente se ha enriquecido mediante el delito o lo ha intentado". Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.707.

¹³⁷¹TIEDEMANN: *Poder económico y delito*. cit. págs.169 y siguiente.

¹³⁷²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. págs.106 y 107.

Se pretende evitar de esta forma que las multas queden "ridículas comparadas con los beneficios obtenidos con el delito". SANCHIS MIR/ GARRIDO GENOVES: *Delincuencia de cuello blanco*. cit. pág.117. Vid. también BRICOLA: *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale*

condenado¹³⁷³. Esto es, se pretende adoptar, en el ámbito de los delitos societarios, penas pecuniarias proporcionales¹³⁷⁴. Con respecto al tercer punto, se pone de manifiesto que todas las sanciones penales, pecuniarias o no, inciden eventual e

dimensione del fenomeno societario. cit. pág.42; y la Recomendación N R (81) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, que aconseja hacer que las penas pecuniarias se adapten mejor a la situación financiera de los delincuentes económicos y a la gravedad de las infracciones cometidas, así como investigar los medios legislativos u otros con el fin de evitar que las penas pecuniarias sean pagadas por un tercero.

¹³⁷³Cfr. BERISTAIN IPIÑA: *Ciencia penal y Criminología*. cit. pág.194. Esta posición tuvo su origen en los postulados preconizados por Von Liszt en el seno de la UIDP, rechazados en su día en razón de su complejidad, que se estimaba los hacían prácticamente inviables. Vid. VON LISZT: *Kriminalpolitische Aufgaben*. cit. págs.407 y siguiente. En esta postura, entonces rechazada, está la base del sistema de días-multa, que años más tarde, por obra de Getz, tuvo realización legislativa en el Derecho escandinavo.

En Italia existe un mecanismo obligatorio para adecuar la pena pecuniaria a las condiciones económicas del reo, introducido por la ley 689/ 1981, en el artículo 133 bis del Código penal. Vid. DOLCINI/ GIARDA/ MUCCIARELLI/ PALIERO/ RIVA CRUGNOLA: *Commentario*. cit. pág.452. Se establece que el juez debe tener en cuenta las condiciones económicas del reo, con posibilidad de aumentar la multa al triple o disminuirla a la tercera parte cuando se observe que la cantidad máxima puede ser ineficaz o que la cantidad mínima es excesivamente gravosa. Con anterioridad, el sistema italiano preveía un aumento facultativo de la pena pecuniaria hasta el triple del máximo previsto siempre que, por las particulares condiciones económicas del reo, la entidad de la pena prevista por la ley pudiera presumirse ineficaz (artículos 24 apartado tercero y 26 apartado segundo del Código penal).

¹³⁷⁴Vid. BERISTAIN IPIÑA: *Ciencia penal y Criminología*. cit. págs.200 y siguientes. En Italia, según informa ALESSANDRI: *I reati societari*. cit. pág.496, el legislador emplea la sanción pecuniaria proporcional, delimitando la cuantía según el parámetro del "valor de la operación" (se entiende de la operación ilícita) en los casos de sanción administrativa. Parte de la doctrina italiana critica, no obstante, que la pena pecuniaria no se gradúe en atención también a la capacidad económica de la persona jurídica. Cfr. PEDRAZZI: *Profili problematici del diritto penale d'impresa*. cit. pág.143; BERNARDI: *Società commerciali e sistema sanzionatorio*. cit. pág.17.

indirectamente sobre sujetos ajenos a la comisión del delito¹³⁷⁵. Frente a la pena subsidiaria de privación de libertad por impago de la pena de multa es posible señalar algunas soluciones, como la sujeción de esta pena subsidiaria a una nueva resolución judicial, como ocurre en Suecia; la renuncia a la ejecución en casos extremos; la suspensión condicional de esa pena subsidiaria de privación de libertad; o, por último, el trabajo subsidiario de utilidad común¹³⁷⁶.

Sólo teniendo en cuenta estos aspectos puede la multa ser una pena útil¹³⁷⁷. De lo contrario, desplegará una escasa

¹³⁷⁵Cfr. BRICOLA: *Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano*. cit. pág.241; BARBERO SANTOS: *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*. cit. pág.481.

¹³⁷⁶JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.682. Del mismo autor, ampliamente: *Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada*. cit. págs.29 y siguientes. Vid. también CERVELLÓ DONDERIS: *La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español*. cit. pág.73.

¹³⁷⁷En el PCP de 1980, la pena de multa se imponía especialmente a los delitos contra el orden socio-económico, en la mayoría de los casos conjuntamente con una pena de prisión. Se introducía la posibilidad de sustituir con la multa la pena privativa de libertad inferior a dos años como caso excepcional y siempre que el reo no fuera reincidente ni hubiera obrado por móviles abyectos o fútiles, regulándose el sistema de sustituir cada día, semana o mes de privación de libertad por cuotas diarias, semanales o mensuales de la multa (artículo 100). Vid. en sentido crítico, MIR PUIG: *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. cit. pág.181.

La PANCP efectuaba una regulación de la pena de multa prácticamente idéntica a la del PCP de 1980, con dos salvedades: los Tribunales además de determinar el importe de las cuotas debían hacerlo "motivadamente", teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, una vez fijados los días, semanas o meses de multa; la pena de multa dejaba de ser una pena grave (artículo 52). Se apreciaban modificaciones sustanciales en la regulación de la multa cuando funcionaba no ya como pena primaria, sino como pena sustitutiva. Deja de requerirse que se trate de casos excepcionales, que el reo no sea reincidente, y que no haya obrado por móviles abyectos o fútiles. Se da un paso más en la mayor utilización de la pena de multa como mecanismo que permite evitar la imposición de penas privativas de libertad en la delincuencia media y leve. Cfr. MIR PUIG: *op. cit.* págs.323 y siguiente; CERVELLÓ DONDERIS: *La reforma sancionatoria en el*

eficacia inhibidora frente a unos dirigentes de empresa que, coincidiendo con la opinión de los estratos sociales en que viven, piensan que se trata de una sanción indicada y eficaz¹³⁷⁸. Más expresiva que esta valoración es su fundamento: "el directivo estima que esta sanción no destroza la carrera ni la vida de un individuo. Ahí radica la diferencia entre la gente honesta y el delincuente profesional, pues, por otra parte, no se debe considerar al delincuente de cuello blanco como un criminal ni, en consecuencia, tratarle como tal"¹³⁷⁹.

8. 1. 4. LA PENA DE INHABILITACION PROFESIONAL.

Las limitaciones observadas con respecto a la eficacia de las tradicionales sanciones penales, multa y prisión, obligan a buscar para estos delitos penas más idóneas que, junto a

marco del sistema punitivo español. cit. pág.58.

En el Derecho penal alemán sólo se impone la multa además de la prisión de modo facultativo cuando el delincuente se ha enriquecido o ha intentado enriquecerse con la comisión del delito. Por su parte, el Proyecto Alternativo alemán propuso la sustitución de la multa en metálico por un trabajo de interés social, y la condonación del tercer tercio de la pena de multa cuando los abonos anteriores son pagados puntualmente o si se presta el trabajo de utilidad comunitaria sin notables reparos y se cumplen las reglas de conducta impuestas, y si la condena es, al menos, de seis meses.

¹³⁷⁸Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.107.

¹³⁷⁹ROCHE-PIRE, E.: La sanction en droit pénal des affaires: étude juridique et criminologique. Tesis doctoral mecanografiada, Lille, 1980, pág.540, citada por TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. págs.107 y 108. En este sentido, señala HERRERO HERRERO: Los delitos económicos. cit. pág.557, que "habría que considerar, desde luego, a la hora de crear, aplicar y ejecutar las penas, la sensibilidad que parte de estos potenciales reos poseen por el enriquecimiento, -sea justo o injusto- y por aparecer públicamente como ejemplos de honestidad".

aquellas, permitan obtener una mayor eficacia preventiva¹³⁸⁰, siempre en referencia a la persona física.

Una pena cuya importancia no puede pasar desapercibida es la de inhabilitación de los administradores para el desempeño de puestos semejantes¹³⁸¹. Al tratarse de una delincuencia

¹³⁸⁰En este sentido, la Exposición de Motivos del PCP de 1992 en su primer apartado declara que del enunciado constitucional se deriván efectos en la búsqueda de alternativas que se orienten mejor que la privación de libertad a la reeducación y reinserción. Ya en 1980 BAJO FERNANDEZ: **Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal**, cit. pág.24, señalaba que las tradicionales penas privativas de libertad y pecuniarias tienen que ir acompañadas de otras medidas preceptivas que eviten la reincidencia criminal.

¹³⁸¹Las inhabilitaciones profesionales tienden a la prevención de futuros delitos, al estar dirigidas al aseguramiento social frente al peligro que los sujetos a los cuales se les ha de aplicar suponen para el entorno comunitario. MORILLAS CUEVA: **Teoría de las consecuencias jurídicas del delito**, cit. pág.66; LANDROVE DIAZ: **Las consecuencias jurídicas del delito**, cit. pág.97. No obstante, como reconoce este último autor, "en el Derecho español sigue predominando su carácter afflictivo y, por supuesto, su naturaleza de penas". De "especialmente intimidante" la califica TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**, cit. pág.60.

El PCP de 1980 distinguía por su duración la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, con una duración de seis a veinte años (artículo 45), y la pena de suspensión de profesión u oficio, con duración de seis meses a seis años (artículo 50). La suspensión, de acuerdo con el artículo 53, "producirá los mismos efectos que la inhabilitación durante el tiempo de la condena".

La regulación de la PANCP de 1983 acaba con la existencia de diferentes designaciones para penas únicamente distintas en su duración, haciendo desaparecer la distinción entre penas de suspensión y penas de inhabilitación (artículo 38). Vid. MIR PUIG: **El sistema de sanciones en la PANCP de 1983**, cit. pág.190.

La sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones directivas en la empresa se regula en los artículos 32 bis y 35 bis del Código penal italiano. La duración, en caso de no determinarse específicamente, es la señalada en el artículo 37 del mismo cuerpo legal, esto es, la de la pena principal. Esta previsión ya existía en el artículo 2641 del Código civil, derogado por el artículo 148 de la ley 24 noviembre 1981, n.689, pero fue introducida en la parte general del Código penal para favorecer una más amplia aplicación. Cfr. DI AMATO: **Diritto penale dell'impresa**, 1992, cit. pág.79; ANTOLISEI: **Manuale di Diritto penale. Parte generale**, 13. ed. 1994, cit. pág.660.

caracterizada en el plano criminológico por las especiales características personales de los autores, la inhabilitación está perfectamente indicada¹³⁸². Ahora bien, para fundamentar la aplicación de la sanción de inhabilitación especial es preciso que exista un nexo entre el acto ilícito cometido y el ejercicio del cargo de administrador, de hecho o de derecho, de la sociedad mercantil¹³⁸³. En particular, es exigible que se pueda observar un abuso de los poderes propios del cargo o bien una violación de los deberes a él inherentes¹³⁸⁴, como de

¹³⁸²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.110. Señala este autor que así lo entendió el artículo 2641 del Código civil italiano, antes de la entrada en vigor de la ley de 24 de noviembre de 1981, ley que, a su vez, incorporó esta forma de inhabilitación al Código penal (artículos 19 y 32 bis).

La Recomendación N R (81) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa aconseja introducir inhabilitaciones profesionales a manera de penas principales. En el mismo sentido se han manifestado, entre otros, MARINUCCI/ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. pág.73. Vid. también, a este respecto, HERRERO HERRERO: *Los delitos económicos*. cit. pág.557; LASSALLE, J. Y.: *Les interdictions professionnelles du droit des affaires*. "Rev. de SCr. et DrPC" núm.3, 1989, págs.479 y siguientes; TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.60.

¹³⁸³La STS 1 octubre 1992 señala que la suspensión "en cuanto se refiere a la profesión u oficio, sólo se impone si el delito cometido guarda relación directa con la profesión... Tal criterio es ya doctrina reiterada de esta sala", mencionando las SSTs 27 mayo 1977 y 10 octubre 1988. Vid. también FIGUEIREDO DIAS: *Direito penal português. Parte Geral. II*. 1993, cit. págs.505 y siguientes.

¹³⁸⁴Cfr. DI AMATO: *Diritto penale dell'impresa*. cit. pág.80. En el mismo sentido, vid. BOSLY: *Responsabilité et sanctions en matiere de criminalité des affaires*. cit. pág.131; LANDROVE DIAZ: *Las consecuencias jurídicas del delito*. cit. pág.97.

Esta es la tendencia seguida ya por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, la STS de 23 de noviembre de 1979 (Ar. 1945) dice que "habrá que conectar los efectos a la índole del delito cometido, de modo que el tenor del artículo 41... tan sólo alcanza al oficio o profesión ejercidos por el condenado en relación con el delito sancionado".

En la misma tendencia se encuadra el Derecho italiano, en el cual se exige la conexión entre la inhabilitación para profesión u oficio y "l'abuso di una professione, arte, industria, o di un commercio o mestiere o con la violazione dei doveri ad essi inerenti" (artículos 31 y 36). También se vinculan

hecho sucede en materia de delincuencia societaria¹³⁸⁵.

Ahora bien, la sanción de inhabilitación especial estará condenada al fracaso si se priva al sujeto únicamente del ejercicio de la concreta profesión formal de la que se sirvió para realizar determinados hechos antijurídicos; si se quiere que sea operante, la inhabilitación debe comprender el ejercicio de funciones correspondientes a la profesión como tal, sino también la prohibición de acceso a profesiones que, no obstante ser formalmente distintas, impliquen materialmente el ejercicio de funciones de dominio sobre la vulnerabilidad del mismo bien jurídico¹³⁸⁶.

Por otra parte, afirma JESCHECK que la inhabilitación profesional es únicamente necesaria cuando existe la probabilidad de que se cometan nuevos delitos¹³⁸⁷, lo cual se ajusta a la calificación que sostiene, conforme a la cual la

con el abuso de poderes o la violación de deberes inherentes a la profesión las nuevas sanciones de interdicción temporal e suspensión de oficio directivo en personas jurídicas o empresas (artículos 32 bis y 35 bis). Cfr. PEDRAZZI: **Interessi economici e tutela penale**. cit. págs.297 y siguiente.

Sobre la situación en Alemania, vid. por todos STREE en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: **StGB. Komm.** 24. Aufl. 1991, cit. § 70, Rn.5 y siguientes (págs.868 y siguiente), para quien "no existe una nítida delimitación de las dos posibilidades (grave violación de deberes o grave abuso de la profesión), bastando por eso una comprobación alternativa". Sobre estas dos categorías, ampliamente, HANACK: **LK**. cit. § 70, Rn.17 y siguientes.

¹³⁸⁵Sobre este punto, vid. PALAZZO: **Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena**. cit. págs.197 y siguientes; BERNARDI: **Società commerciali e sistema sanzionatorio**. cit. pág.19.

¹³⁸⁶Cfr. GRACIA MARTIN: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. cit. págs.93 y siguientes. Vid. no obstante FIGUEIREDO DIAS: **Direito penal português. Parte Geral. II**. 1993, cit. págs.511 y siguiente.

¹³⁸⁷Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.756.

inhabilitación profesional "constituye una medida de seguridad y no una pena accesoria"¹³⁸⁸; pero no a su consideración como pena principal o accesoria por parte de los Proyectos españoles, en los cuales, como veremos, también se considera medida de seguridad cuando en el sujeto concurre una de las concretas causas de exención de responsabilidad criminal previstas como presupuesto de su aplicación.

La eficacia de la inhabilitación, no obstante, depende de que su cumplimiento sea debidamente vigilado, para evitar el empleo de "hombres de paja" y otros medios fraudulentos¹³⁸⁹.

En las dos propuestas reformadoras españolas de 1980 y 1983 se optó por seguir manteniendo la inhabilitación especial

¹³⁸⁸JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.754 y siguiente. Igualmente FIGUEIREDO DIAS: **Direito penal português. Parte Geral. II**. 1993, cit. págs.508 y siguiente. En este sentido, dice acertadamente CEREZO MIR: **Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal**. En Problemas fundamentales del Derecho penal. Madrid, 1982, págs.319 y siguiente, que "para determinar la naturaleza de las consecuencias del delito no sólo hay que atender a su fin prevalente, sino también a su fundamento. Si éste es la medida de lo injusto y de la culpabilidad, será una pena. Si lo es la peligrosidad del delincuente, será una medida de seguridad".

¹³⁸⁹TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. pág.164; en el mismo sentido, vid. GRACIA MARTIN: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de personas jurídicas por delitos especiales**. cit. págs.92 y siguientes.

En Alemania, la inhabilitación profesional acarrea la consecuencia de que el condenado tampoco puede ejercer aquella concreta actividad en lugar de otro, ni dejar que la ejerza para él una persona bajo su dependencia. Cfr. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.756, quien explicita que "la inhabilitación profesional acarrea la consecuencia de que el condenado tampoco puede ejercer aquella concreta actividad en lugar de otro, ni dejar que la ejerza para él una persona bajo su dependencia". Vid. también el artículo 98. 1º del Código penal portugués, que señala que "durante el período de interdicción el delincuente no puede ejercer la profesión, comercio o industria ni directamente ni por persona interpuesta". Un comentario en FIGUEIREDO DIAS: **Direito penal português. Parte geral. II**. 1993, cit. págs.513 y siguiente.

como pena, sea accesoria o principal¹³⁹⁰, frente a la tendencia doctrinal favorable a su regulación como medidas de seguridad¹³⁹¹. Esta postura se estima correcta, puesto que,

¹³⁹⁰El PCP de 1980 regulaba, en el artículo 44, las penas de inhabilitación especial y suspensión de profesión u oficio como penas principales privativas de derechos. De acuerdo con el artículo 62, dichas penas "son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la ley declara que otras penas las llevan consigo". En el Proyecto, no obstante, no aparecía claramente la pena de suspensión de profesión u oficio como pena accesoria de imposición imperativa. Cfr. MIR PUIG: **El sistema de penas y su medición en la reforma penal**. cit. pág.123, quien afirma que "a tenor del Proyecto de 1980 la pena de suspensión de profesión u oficio sólo puede imponerse como accesoria facultativamente, es decir, cuando exista relación directa entre el oficio o la profesión ejercidos y la índole del delito cometido". Se exigía la determinación expresa en la sentencia de la profesión u oficio a que se inhabilite o suspenda (artículos 49 y 53), lo cual se estima correcto en aras de la seguridad jurídica.

La PANCP consideraba como pena privativa de derechos, a tenor del artículo 38, la de inhabilitación especial para profesión u oficio, a la cual daba una duración de 6 meses a 20 años (artículo 39). Los efectos de la inhabilitación especial son los mismos que en el Proyecto, si bien el artículo 43 de la Propuesta exige que se determine no sólo expresa sino también "motivadamente" en la sentencia la profesión u oficio de que se priva, lo cual parece plausible. Cfr. MIR PUIG: *op. cit.* pág.323. La pena de inhabilitación especial para profesión u oficio sólo podrá dictarse con carácter de accesoria si la profesión u oficio hubieren tenido una relación directa con el delito cometido, pero no en otro caso (artículo 49). La PANCP también prevé la inhabilitación de profesión u oficio como medida de seguridad, si bien sólo es aplicable a los casos en que el sujeto sea un inimputable (artículo 105), previéndose asimismo la necesaria existencia de un nexo entre el ejercicio de la profesión, cargo u oficio y el hecho delictivo. La aplicación de esta medida únicamente a los inimputables fue criticada duramente por GRACIA MARTIN: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. cit. págs.92 y siguiente.

¹³⁹¹Vid., entre otros, GRACIA MARTIN: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. cit. pág.91; MIR PUIG: **El sistema de penas y su medición en la reforma penal**. cit. pág.143; QUINTANO RIPOLLES: **Comentarios**. cit. pág.331. Por su parte BERISTAIN IPIÑA: **La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana**. cit. pág.282, defiende el valor ambivalente de las inhabilitaciones. Según él, pueden ser o son medidas de seguridad y también penas, si bien manifiesta que "primordial y mayoritariamente debe predominar la medida de seguridad sobre la pena".

como ha indicado oportunamente CERESO, "para determinar la naturaleza de las consecuencias del delito no sólo hay que atender a su fin prevalente, sino también a su fundamento. Si éste es la medida de lo injusto y de la culpabilidad, será una pena. Si lo es la peligrosidad del delincuente, será una medida de seguridad"¹³⁹². Siendo el fundamento de esta sanción en los Proyectos predominantemente la prevención especial, esto es, el impedir u obstaculizar la repetición del delito por parte de quien ya lo cometió, a través de su inocuización por tiempo más o menos largo, así como la retribución de lo injusto y la culpabilidad, y no hacer frente a la peligrosidad que revele un sujeto de instrumentalizar una profesión u oficio para la comisión de hechos delictivos, se justifica su regulación entre las penas principales y accesorias.

No obstante, se alega que la pena accesoria de privación de derechos ni logra intimidar al condenado ni contribuye en nada a su resocialización¹³⁹³. Ahora bien, consideramos que el mantenimiento de la inhabilitación para profesión u oficio como

En el Derecho Penal alemán, la inhabilitación profesional constituye una medida de seguridad. Vid. JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs. 754 y siguiente; una justificación de este hecho en ROXIN/ ARTZ/ TIEDEMANN: **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. cit. pág. 67.

¹³⁹²CERESO MIR: **Informe sobre el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal**. en CERESO MIR: **Problemas fundamentales del Derecho penal**. Madrid, 1982, págs. 319 y siguientes.

¹³⁹³Se dice, así, que la fuerza intimidante de una pena de privación de derechos accesoria de una pena de privación de libertad es poca o nula en comparación con la fuerza intimidante de la pena privativa de libertad. En el Proyecto Alternativo alemán se prescinde de las penas privativas de derechos cuando actúan como accesorias, por estimar que impiden o dificultan la resocialización del reo, si bien se recoge como medida de seguridad no privativa de libertad la prohibición para el ejercicio de una determinada profesión u oficio cuando el delito se cometió en relación con éstos. En el Derecho alemán no se conocen las penas privativas de derechos como penas principales, configurándose la inhabilitación profesional como medida de seguridad. En contra, vid. BERNARDI: **Società commerciali e sistema sanzionario**. cit. pág. 21.

pena principal es laudable, desde el momento en que, como señala GIMBERNAT, constituye "una forma sensible de incidir sobre el delincuente -evitando, al mismo tiempo, los inconvenientes de la privación de libertad- inhabilitándole para el cargo o para la profesión que hasta entonces haya desempeñado. Por otra parte, y teniendo en cuenta que estas penas se imponen cuando el delito cometido está en relación con la función o el empleo ejercidos, es obvio que cumplen un importante efecto de prevención especial... No se ve por qué ha de prescindirse de una pena que, sin necesidad de privar de libertad al sujeto¹³⁹⁴, contribuye a la prevención general, y que al sancionar con la pérdida... de la profesión o del oficio, evita que con ocasión del ejercicio de éstos vuelva a delinquir como ya lo ha hecho una vez"¹³⁹⁵.

8. 1. 5. LA PUBLICACION DE LA SENTENCIA CONDENATORIA.

La publicación de la sentencia condenatoria como pronunciamiento accesorio de ésta puede ser un instrumento válido de prevención especial¹³⁹⁶, al reforzar los efectos de la inhabilitación y servir de apoyo a la lealtad en el orden

¹³⁹⁴La pena de inhabilitación especial, cuando se impone como pena principal del delito, no cuando se impone conjuntamente con una privativa de libertad, responde al principio de la moderna política criminal de que hay que evitar lo más que se pueda la pena de privación de libertad. Cfr. MIR PUIG: **El sistema de penas y su medición en la reforma penal**. cit. pág.147.

¹³⁹⁵GIMBERNAT ORDEIG: **El sistema de penas en el futuro Código Penal**. En MIR (Ed.): **La Reforma del Derecho Penal**. U.A. de Barcelona, pág.183.

¹³⁹⁶Ha puesto de relieve TIEDEMANN: **Poder económico y delito**. cit. pág.166, que "muchas veces los inculpadados están dispuestos a toda suerte de concesiones si se renuncia a publicar sus nombres".

económico, puesto que pone en evidencia a los no leales¹³⁹⁷. Afecta, en fin, a la estimación social del sujeto y restringe su capacidad criminal en el tráfico económico¹³⁹⁸. No obstante, su naturaleza aun no ha sido claramente perfilada por la doctrina. Algunos autores hablan de "forma de reparación del daño material"¹³⁹⁹; otros de "medidas"¹⁴⁰⁰, cuyo objetivo

¹³⁹⁷Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*. cit. pág.110. Vid. HERRERO HERRERO: *Los delitos económicos*. cit. pág.557; MARINUCCI/ ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. pág.73. Sobre la discusión internacional, vid. FISSE/ BRAITHWAITE: *The impact of Publicity on Corporate Offenders*. Albany, 1983, *passim*.

En el Título VIII del Proyecto de 1980 se tomó en cuenta la posibilidad de imponer la publicación de la sentencia en los medios de difusión normales. Como esto no lo puede hacer directamente el tribunal y, por otra parte, el particular corre el riesgo de ser perseguido por calumnia o injuria, se decidió que la condena a la publicación de la sentencia fuese en los periódicos oficiales, pudiendo el tribunal permitir a la víctima la publicación en otros medios de difusión, evitando así la posibilidad de una persecución por delito contra el honor. Cfr. BAJO FERNANDEZ: *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*. cit. pág.24.

En Italia se prevé la comunicación de la sentencia a los órdenes profesionales en el artículo 2642 del Código civil, a tenor del cual "ogni sentenza penale pronunciata a carico di amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e commissari di qualsiasi impresa per delitti commessi nell'esercizio od a causa del loro ufficio è comunicata, a cura del cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha emesso la sentenza, per gli eventuali provvedimenti, all'organo che esercita la funzione disciplinare sugli iscritti nell'albo professionale al quale essi appartengono".

En el actual sistema penal alemán se publica el juicio únicamente en los casos de violación de bienes estrictamente personales, como el honor o los derechos sobre la propiedad intelectual. Cfr. TIEDEMANN: *Poder económico y delito*. cit. pág.166; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.720 y siguiente.

¹³⁹⁸Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Los delitos contra el orden socio-económico en el Derecho penal francés*. cit. pág.237.

¹³⁹⁹CARMONA SALGADO, C.: *Medida cautelar de publicación de la sentencia condenatoria*. "Comentarios a la Legislación penal", Tomo XIII, 1991, pág.181; RODRIGUEZ DEvesa/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.249.

BERISTAIN IPIÑA: *Medidas penales en Derecho contemporáneo*. cit. pág.62, define las reparaciones penales como "las

varía en función del bien jurídico para cuya protección se aplica; o bien de consecuencia accesorio¹⁴⁰¹.

Desde una perspectiva general, parece existir acuerdo en la doctrina¹⁴⁰² acerca de la conveniencia de incluir la publicación de la sentencia en el catálogo de consecuencias jurídicas aptas para la prevención de los delitos económicos. Tal efecto preventivo deriva de la trascendencia que, páginas atrás, otorgamos a la información como medio de prevención de los delitos económicos. Además, resulta incuestionable que la publicación de la sentencia despliega efectos disuasorios sobre la generalidad, al saber que la publicidad del delito dificultará sus futuras relaciones económicas, y en su aplicación, efectos sobre el reo, reduciendo considerablemente los márgenes para su futura reincidencia. De esta forma, consideramos más correcta su inclusión en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad¹⁴⁰³.

En suma, la difusión de la sentencia firme, en un periódico, a costa del reo, puede constituir una sanción eficaz en el ámbito de los delitos societarios, por sus importantes efectos preventivos tanto generales como especiales. No

prestaciones que la ley penal (mediante los órganos jurisdiccionales) impone al autor de un hecho antijurídico (y en algunos casos, a la autoridad) para compensar a la víctima y así lograr el restablecimiento del orden jurídico y la defensa de la sociedad".

¹⁴⁰⁰Cfr. BOIX en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.959.

¹⁴⁰¹JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.720, si bien indica que "sirve de satisfacción al ofendido y como reparación ideal de daños...".

¹⁴⁰²Cfr., entre otros, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. pág.720; TIEDEMANN: *Poder económico y delito*. cit. pág.106; VILADAS JENÉ: *Introducción a la delincuencia económica*. cit. pág.1101.

¹⁴⁰³Vid. por todos ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Barcelona, 1986, págs.80 y siguientes.

olvidamos que existen ciertas dificultades, ligadas a los límites del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 CE), pero, más allá de tales inconvenientes, parece recomendable instrumentalizar el enorme poder que la información posee en la sociedad actual.

Teniendo en cuenta estos datos no debe extrañar que el Proyecto de 1980 se decidiera a introducir esta sanción, si bien no con carácter general sino en referencia a ciertos preceptos concretos¹⁴⁰⁴, entre los cuales no se hallan los delitos societarios. La situación se repite en la PANCP¹⁴⁰⁵.

Ahora bien, con referencia a regulación de la publicación de la sentencia en estos textos pre-legislativos se plantea de nuevo el problema de su naturaleza, puesto que en el PCP de 1980 no figura catalogada ni entre las penas accesorias (artículo 59), ni entre las medidas de seguridad (artículo 135). Tampoco la PANCP alude a la sanción en los artículos 34, 38, 45, 49 y 86, en los cuales determina qué penas o medidas de seguridad pueden imponerse con arreglo a sus disposiciones. Por las razones anteriormente expuestas, consideramos preferible su consideración como medida de seguridad.

Ambos textos conciben la sanción como "la publicación de

¹⁴⁰⁴Conminan con esta sanción el artículo 340, que señala en su párrafo primero que "en todos los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Tribunal podrá autorizar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo"; y los artículos 342 párrafo 3 (delito publicitario), y 349 párrafo 2 (imposición de cláusulas abusivas en la contratación).

¹⁴⁰⁵Dentro del Título XII, dedicado a la regulación de los delitos socioeconómicos, el artículo 275 señala que "En los supuestos previstos en los artículos anteriores (delitos relativos a la propiedad industrial y a los secretos industriales) se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Tribunal podrá autorizar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo". También se prevé la publicación de la sentencia en el artículo 279.3 (delitos publicitarios).

la sentencia", sin precisar que se trate de una sentencia condenatoria. Ahora bien, la publicación de una sentencia absolutoria no se justifica desde el punto de vista de los fines perseguidos por la medida de seguridad, por lo cual la restricción de la publicación a una sentencia condenatoria debería figurar en el texto¹⁴⁰⁶. De la misma forma, y con el fin de impedir una aplicación desmesurada de esta sanción, debería exigirse expresamente la firmeza de la sentencia¹⁴⁰⁷. Ha merecido elogios por parte de la doctrina la previsión de que sea el Tribunal, previa solicitud del perjudicado, quien autorice la reproducción total o parcial de la sentencia en otro medio informativo, además de la publicación obligatoria en los periódicos oficiales. De esta forma, al mediar la autorización judicial, se obvia la posibilidad de persecución del particular perjudicado por el delito, por calumnia o injuria¹⁴⁰⁸.

8. 2. MEDIDAS CONTRA LAS PERSONAS JURIDICAS.

La frecuencia y facilidad para cometer delitos económicos, no sólo societarios, en el ámbito de las sociedades mercantiles, explica que se haya pedido, al menos para este sector, la abolición del principio clásico del Derecho penal "*societas delinquere non potest*"¹⁴⁰⁹. Y ello no sólo a nivel

¹⁴⁰⁶Cfr. GUINARTE CABADA: La tutela penal de los derechos de propiedad industrial. cit. pág.312.

¹⁴⁰⁷MARTINEZ PEREZ en CUERDA ARNAU/ MIRA BENAVENT: Jornadas sobre "La reforma del Código Penal" (Anteproyecto de 1992). cit. pág.215.

¹⁴⁰⁸Cfr. BAJO FERNANDEZ: El Proyecto de Código Penal. cit. pág.450; GUINARTE CABADA: La tutela penal de los derechos de propiedad industrial. cit. pág.313.

¹⁴⁰⁹Cfr. MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. págs.277 y siguientes. Sobre los argumentos político-criminales que avalan la necesidad

nacional sino también europeo, destancándose la especial importancia de la Recomendación 18/ 88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, que propuso "la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan". Se demuestra así la existencia en Europa de un difundido consenso en relación a la necesidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas¹⁴¹⁰.

¿Qué sanciones pueden ser impuestas a las personas jurídicas? El problema se plantea actualmente como una necesidad político-criminal que debe ser resuelta expresamente por el Ordenamiento jurídico de cada país en función de las premisas conceptuales de las que parte¹⁴¹¹. Y en nuestro Ordenamiento debemos partir del principio "*societas delinquere non potest*"¹⁴¹².

de sancionar penalmente a las personas jurídicas, vid. por todos EHRARDT: *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*. Berlin, 1984, págs.142 y siguientes.

¹⁴¹⁰ZUGALDIA ESPINAR: Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas (1). cit. pág.617. En el mismo sentido, cfr. BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales*. cit. pág.70.

¹⁴¹¹Cfr. MUÑOZ CONDE: *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*. cit. págs.277 y siguiente.

¹⁴¹²Es doctrina mayoritaria. Vid. por todos BAJO FERNANDEZ: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. cit. págs.111 y siguientes; del mismo: *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*. Seminario hispano-alemán. Tenero, 1993, pág.20; del mismo en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.; COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. págs.275 y siguiente; CORDOBA RODA en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal. I*. 1972, cit. págs.16 y siguientes; GRACIA MARTIN: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I*. cit. págs.9 y siguientes; del mismo: *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. cit. marginales

Ahora bien, la vigencia de este principio no quiere decir que el Ordenamiento en su conjunto deba permanecer impasible ante los abusos cometidos a través de la persona jurídica o en su beneficio. Cuando estos abusos revistan caracteres delictivos se hace imprescindible imponer consecuencias que incidan específicamente en la persona jurídica¹⁴¹³.

No es extraño al actual Derecho penal español el recurso a las medidas de seguridad para las agrupaciones¹⁴¹⁴.

583 y siguientes; MUÑOZ CONDE/ GARCIA ARAN: Derecho Penal. Parte General. 1993, cit. pág.209; QUINTANO RIPOLLES: Curso. cit. pág.240; RODRIGUEZ MOURULLO: Derecho Penal. Parte General. 1978, cit. pág.228;

¹⁴¹³Cfr. MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. pág.278. Vid. también TIEDEMANN: Presente y futuro del Derecho penal económico. cit. págs.34 y siguientes.

¹⁴¹⁴BAJO FERNANDEZ: De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. cit. pág.374. Señala este autor que, en los países de nuestro entorno cultural, el legislador ha previsto la imposición de sanciones a las entidades supraindividuales con el fin de resolver los tres problemas principales que plantean las personas jurídicas, a saber:

a) las entidades supraindividuales o colectivas pueden mediar en actividades delictivas;

b) existen notorias dificultades de prueba para determinar las personas físicas que, formando parte de la entidad, deben en puridad sufrir las sanciones;

c) es preciso determinar la persona que ha de responder en los casos en que la persona física que realiza el comportamiento delictivo actúa en nombre de otro.

En todos los países, para solucionar los problemas apuntados, el legislador impone a las personas jurídicas sanciones tales como multas, disoluciones, prohibiciones de diversa índole, suspensiones, pérdidas de beneficios, etc.

No obstante, destaca ZUGALDIA ESPINAR: **Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest***. cit. pág.87, que dicha solución "no solamente ha demostrado su ineficacia de cara a la efectiva prevención de los delitos que aquéllas puedan cometer, sino que, además, adolece de otros defectos de fondo que la hacen poco defendible. Supone una solución de medias tintas que evita afrontar y tener que resolver los graves problemas de fondo que conlleva la delincuencia asociacionista. Elude el tema del estado actual de la distinción entre penas y medidas de seguridad y olvida que un principio fundamental del Derecho Penal es el tan esgrimido "principio del hecho", y difícilmente puede

Político-criminalmente es claro que con tales medidas se alcanzan, exactamente, iguales objetivos que los buscados con la imposición de penas, vedada por nuestro Ordenamiento¹⁴¹⁵. Además de coincidir con lo que habrían de ser materialmente dichas penas, se imponen justamente en un supuesto en el que, como en el de los inimputables, está vedada la posibilidad de penar y por consiguiente se dificulta el alcance de los fines preventivos a que el Derecho penal se dirige¹⁴¹⁶.

La acumulación de una pena y una medida de seguridad no privativa de libertad, como son las previstas para las personas jurídicas, no viola la prohibición del "*ne bis in idem*", ya que el legislador puede considerar que las dos sanciones (pena y medida de seguridad) son necesarias para valorar la total gravedad del hecho y así sancionar su total contenido de

comprenderse cómo las personas jurídicas van a denotar una peligrosidad criminal (que supone, cuanto menos, la realización de una acción típica) cuando se parte de considerar que los entes sociales son incapaces de acción". También en sentido crítico, vid. PEREZ MANZANO: **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. cit. marginal 17, nota núm.10.

¹⁴¹⁵ZUGALDIA ESPINAR: **Fundamentos de Derecho Penal (Parte General)**. cit. pág.112, pone de relieve que en la actualidad se considera que el fundamento de la pena y la medida de seguridad es idéntico en ambos casos, la evitación del delito a través de la prevención general y la prevención especial; del mismo modo, se orientan a un idéntico fin constitucional, la reeducación y reinserción social del sometido a ellas; por último, se considera también que las medidas de seguridad han de estar rodeadas de todas las garantías de la pena y sometidas igualmente a idénticos límites constitucionales.

En sentido coincidente, vid. entre otros, MUÑAGORRI: **Sanción penal y política criminal**. cit. pág.219.

¹⁴¹⁶Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.55. Las medidas de seguridad imponibles a agrupaciones y personas jurídicas deben entenderse como una excepción, justamente fundada en la imposibilidad de imponerles penas, al sistema monista de penas, según estos autores. El sistema español, según opinión mayoritaria, acoge el sistema dualista.

injusto"¹⁴¹⁷.

Ahora bien, como señalan oportunamente COBO/ VIVES, "el concepto central de todo el prevencionismo jurídico penal es, desde luego, el de "peligrosidad criminal"¹⁴¹⁸. La previa afirmación de la peligrosidad es indispensable para que sean aplicadas las medidas de seguridad"¹⁴¹⁹. La existencia de una peligrosidad "sin delito," que constituye la génesis de las medidas de seguridad predelictuales, con toda la secuela de infracción del principio de seguridad jurídica que suponen, ha sido duramente criticada por la doctrina¹⁴²⁰.

La aplicación de las medidas de seguridad postdelictuales que aquí se propone exige como primer requisito que se haya cometido un hecho previsto como delito¹⁴²¹. Ello puede plantear ciertos problemas a la hora de su imposición a las personas jurídicas. En este sentido, el hecho de que el Proyecto de 1980 denominara "medidas de seguridad" al conjunto de sanciones aplicables a las personas jurídicas fue tachado

¹⁴¹⁷ZUGALDIA ESPINAR: Fundamentos de Derecho Penal (Parte General). cit. pág.125.

¹⁴¹⁸Cfr. COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.779. Debemos tener en cuenta que el concepto de peligrosidad criminal es, en cualquier caso, más restringido que el de peligrosidad social, que fundamenta las medidas de seguridad predelictuales. Sólo frente a la peligrosidad criminal son admisibles las medidas de prevención especial. Sobre dicha distinción, vid. ampliamente TERRADILLOS BASOCO: Peligrosidad social y Estado de Derecho. cit. págs.199 y siguientes.

¹⁴¹⁹COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.779.

¹⁴²⁰Vid. por todos BERISTAIN IPIÑA: Crisis del Derecho represivo. Madrid, 1977, págs.110 y siguientes; RODRIGUEZ MOURULLO: Medidas de seguridad y Estado de Derecho. En Peligrosidad social y medidas de seguridad. cit. págs.343 y siguientes.

¹⁴²¹Cfr. ZUGALDIA ESPINAR: Fundamentos de Derecho Penal (Parte General). cit. pág.113.

de "incoherente"¹⁴²², puesto que si el fundamento de las medidas de seguridad, de acuerdo con la Memoria Explicativa del PCP de 1980, "es la peligrosidad postdelictual y es este único enlace con la infracción penal el que hace que tales medidas se incluyan en el Código penal", y en la Exposición de Motivos se reitera que el juicio de peligrosidad sólo deberá incidir sobre sujetos que hayan demostrado ya su energía criminal mediante la comisión de un hecho previsto por la ley como delito, es evidente que se trata de un concepto no aplicable a las personas jurídicas y que, en consecuencia, no puede imponerse a éstas medidas de seguridad de carácter penal, cuyo presupuesto es la "peligrosidad criminal del autor del hecho"¹⁴²³. A este argumento se opone la consideración de que, en estos casos, el presupuesto de la medida de seguridad es el delito cometido por los componentes individuales de la

¹⁴²²BARBERO SANTOS: Las medidas de seguridad en el PLOCP. cit. pág.106; del mismo autor: ¿Responsabilidad penal de la empresa? cit. pág.1094. Vid. también la crítica que efectúa TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.62, a la regulación del PCP de 1994, que en su artículo 129 habla de consecuencias y no de medidas de seguridad, para después precisar que "... estarán orientadas, entre otras finalidades, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva de las personas físicas o jurídicas", con lo cual, según este autor, "se incide en la contradicción de orientar una serie de consecuencias a neutralizar una peligrosidad, la de la persona jurídica, inexistente por definición".

¹⁴²³Y ello en cuanto se entiende que la peligrosidad criminal es un concepto que no puede ser aplicado a las personas jurídicas, como ponen de manifiesto BARBERO SANTOS: Las medidas de seguridad en el PLOCP. cit. págs.106 y siguientes; GRACIA MARTIN: El actuar en lugar de otro en Derecho penal. I. cit. pág.13; del mismo autor: La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. cit. marginal 591; MIR PUIG: Derecho Penal. Parte General. 3. ed. 1990, cit. págs.185 y siguientes; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Las actuaciones en nombre de otro. cit. págs.32 y siguientes; ZUGALDIA ESPINAR: Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest". cit. pág.87. Autor del hecho, una vez que se admite el principio societas delinquere non potest no puede ser en absoluto la persona jurídica. En este sentido se ha manifestado, entre otros, BAJO FERNANDEZ: Derecho penal económico. cit. págs.108 y siguientes. Críticamente, vid. PEREZ MANZANO: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. cit. marginal 17, nota núm.10.

agrupación, tomado como acción sintomática de la peligrosidad criminal que ofrece el marco societario¹⁴²⁴; ha de existir, pues, una correlación entre el acto del administrador y la política de empresa, de la cual el primero debe ser la expresión que revela la peligrosidad "objetiva" de la organización societaria¹⁴²⁵. De esta forma, la referida peligrosidad "surge cuando la organización societaria aparece como probable fuente de nuevos hechos delictivos perpetrados por los administradores"¹⁴²⁶. SCHÜNEMANN habla de "los efectos criminógenos de la integración en una unión de personas a cuya rutina pertenecen ciertas lesiones de bienes jurídicos, en la

¹⁴²⁴Vid., por todos, GRACIA MARTIN: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. cit. pág.104, con ulterior bibliografía; también, OCTAVIO DE TOLEDO/ HUERTA: **Derecho Penal. Parte General**. 1986, cit. pág.55.

CEREZO MIR: **Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992**. cit. pág.36, indica que "las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente". También en este sentido, vid. MANZANARES SAMANIEGO: **Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)**. cit. págs.432 y siguientes.

¹⁴²⁵Cfr. BRICOLA: **Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario**. cit. pág.44. Para ALESSANDRI: **Reati d'impresa e modelli sanzionatori**. cit. págs.30 y siguiente, una correcta valoración de la incidencia de la política de empresa en los comportamientos ilícitos de las personas que se insertan en la estructura societaria añade nuevos motivos de tensión en el cuadro tradicional de la responsabilidad individual, puesto que la criminología norteamericana ha puesto repetidamente de manifiesto la eficacia criminógena de la "cultura de empresa" y de su escala de valores sobre las conductas de los miembros de la organización.

¹⁴²⁶RODRIGUEZ MOURULLO: **Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios**. cit. pág.689. Por peligrosidad objetiva de las personas jurídicas entiende GRACIA MARTIN: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales**. cit. pág.105, "la peligrosidad que revelan tales entes por estar expuestos a ser instrumentalizados para la realización de actividades delictivas".

que domina... una actitud colectiva criminal"¹⁴²⁷, y en la que se manifiesta "el peligro de que la organización de la responsabilidad en una actividad económica bajo aspectos penales precisamente puede pervertirse en una falta de responsabilidad organizada"¹⁴²⁸, lo cual plantea la cuestión de la aplicación de sanciones de naturaleza penal contra la sociedad.

Debemos tener en cuenta que la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas ha de justificarse, como he dicho, en la existencia de algún tipo de nexo entre el delito cometido y la persona jurídica¹⁴²⁹, sea que el hecho delictivo se ejecuta dentro de la esfera de operaciones o negocios de la sociedad¹⁴³⁰, o bien tiene alguna relación con las actividades sociales, o se han utilizado medios o recursos de la sociedad, o se ha realizado por acuerdo o resolución de alguno de sus órganos o por actos de alguno de sus representantes o dirigentes, o empleados, o terceros que procedan por orden o instigación de cualquiera de sus dirigentes o representantes,

¹⁴²⁷SCHÜNEMANN: ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?. cit. pág.38. En el mismo sentido, vid. HORMAZABAL MALAREE: Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. cit. pág.204.

¹⁴²⁸SCHÜNEMANN: ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?. cit. pág.39. En el mismo sentido, GRACIA MARTIN: La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. cit. marginal 595.

¹⁴²⁹El PLOCP de 1980 establecía en su artículo 132 la posibilidad de someter "a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes". Por su parte, el artículo 138 de la PANCP señalaba la imposición de medidas del mismo tipo "si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo...".

¹⁴³⁰Cfr. BRICOLA: Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano. cit. pág.241.

o proporciona algún provecho o beneficio económico o de otro tipo a la sociedad, etc. Señala SCHÜNEMANN que "una legitimación jurídicamente defendible sólo me parece posible desde la configuración de las sanciones a la persona jurídica como medida de seguridad... La legitimación de la sanción social debe radicar, por tanto, en la misma potenciación del peligro que la instalación de un sistema de actuación colectiva implica en la actividad económica, cuando y en la medida en que ese colectivo constituya una muestra de actuación criminal. Como definición operativa de esa actitud criminal colectiva emplearía una formulación que ya he propuesto anteriormente: cuando una persona física realiza, en el seno de una empresa, una acción amenazada con pena o con multa, que debe reportar un beneficio a la empresa, y las medidas de dirección o control para evitar tales hechos no se tomaron o fueron insuficientes"¹⁴³¹.

Suele afirmarse cada día con más frecuencia que la multa puede aplicarse en el Derecho penal económico tanto a las personas físicas como a las jurídicas¹⁴³², y no sólo como pena sino también como medida de seguridad¹⁴³³. De hecho, las sanciones pecuniarias parecen prevalecer en la práctica sobre

¹⁴³¹SCHÜNEMANN: ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? cit. pág.43. Enlaza aquí SCHÜNEMANN con el criterio elaborado por TIEDEMANN para explicar y fundamentar una culpabilidad propia de la persona jurídica en el ámbito de las contravenciones administrativas, el de la "culpabilidad por defecto de organización" (Organisationsverschulden oder Organisationsfehler). Vid. TIEDEMANN: "NJW" 1988, págs.1172 y siguientes.

¹⁴³²Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. págs.60 y siguientes.

¹⁴³³BERISTAIN IPIÑA: Ciencia penal y Criminología. cit. pág.202. En el mismo sentido, vid. MUÑOZ CONDE: Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. cit. pág.278.

otros tipos de sanciones¹⁴³⁴, debido en gran parte a que no afectan directamente a los trabajadores empleados en las sociedades, provocando pérdida del empleo, como lo hacen las medidas de clausura o disolución. Tal ventaja no puede ser desdeñada en un período de crisis económica como el que atravesamos.

Se postula la aplicación inmediata de la multa a las personas jurídicas si y en cuanto lo determinen las normas reguladoras de la acción típicamente antijurídica, culpable y punible cometida en nombre de otro, y además podrá aplicarse mediatamente a través de sus representantes, administradores, etc¹⁴³⁵. Las personas físicas que en representación de las

¹⁴³⁴Cfr. BRICOLA: *Luci e ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti nei paesi della C.E.E.* cit. pág.130; TIEDEMANN: *Presente y futuro del Derecho penal económico.* cit. págs.35 y siguiente.

¹⁴³⁵Vid. LANDROVE DIAZ: *Los fraudes colectivos.* cit. págs.20 y siguientes; BAJO FERNANDEZ: *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.* cit. págs.371 y siguientes.

Aunque el Derecho alemán rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, prevé desde hace tiempo la imposición de sanciones administrativas contra colectividades. En la OWiG se eligió la multa, por aparecer como neutral valorativamente y carecer de todo significado social de reproche. Según el parágrafo 30 del texto señalado, puede imponerse una multa contra una colectividad como sanción accesoria en el supuesto de que el autor haya cometido, en concepto de órgano representante de una persona jurídica o miembro de dicho órgano, de presidente de una asociación carente de personalidad jurídica o de miembro de tal presidencia, o, en fin, de socio representante de una sociedad mercantil personalista, un hecho punible o una infracción administrativa que determinen lesión de obligaciones de la colectividad o su enriquecimiento efectivo o potencial. En particular, puede motivar la imposición de una multa a la sociedad la vulneración del deber de vigilancia. Puede también imponerse una multa a una asociación en el supuesto de que, por la razón que sea, no pueda ser condenada por el hecho ninguna persona determinada, o en el caso de que el principio de oportunidad, como indica el parágrafo 47 OWiG, aconseje prescindir de la persecución del órgano. Otras consecuencias accesorias que pueden imponerse son el comiso (parágrafo 29 OWiG) y el pago del sobreprecio (parágrafo 10 II WiStG 1954). Cfr. JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal.* 1993, cit. págs.204 y siguiente. Una crítica de esta regulación en SCHÜNEMANN: *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un*

sociedades cometen la acción penalmente relevante prefieren, con frecuencia, que las medidas penales se apliquen a la sociedad, pero en general parece preferible aplicarlas directamente a las personas físicas¹⁴³⁶.

La multa no es la única sanción posible para las personas jurídicas. En el ámbito internacional se proponen otras sanciones que incidan sobre la organización y la vida de la sociedad, como la revocación de la licencia para operar o de funcionamiento, el sometimiento a secuestro o a vigilancia judicial, la pérdida de ciertos derechos y, como última opción, la disolución¹⁴³⁷. Un considerable sector de la doctrina criminológica de habla inglesa se ocupa sobre todo de sanciones nuevas, como la introducción en la empresa de un "public

escarmiento?. cit. pág.42.

La solución alemana, imposición de una multa a la persona jurídica, ha sido adoptada también en Italia, Portugal y Suecia, mientras que la normativa sobre multas de la Comunidad Europea ha previsto desde el principio sanciones expresas contra las empresas, de forma que sólo se pueden imponer multas a éstas y no a las personas físicas que actúan en su nombre.

¹⁴³⁶Señala JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. pág.206, que "la multa es sólo admisible frente a personas físicas y no puede añadirse sin más a la pena personal si se quiere evitar caer en la "estafa de etiquetas". Entiende este autor que también la multa presupone culpabilidad y expresa un juicio de desvalor, al menos cuando no se trata tan sólo de un puro ilícito administrativo.

Por otra parte, niega SCHÜNEMANN: **¿Ofrece el Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?** cit. págs.42 y siguiente, la legitimidad de esta sanción frente a los accionistas, que ven disminuir las expectativas de beneficios aunque no hayan tenido posibilidad de influencia en la dirección de los negocios de la sociedad.

¹⁴³⁷Vid. ampliamente, SCREVEN: **Les sanctions applicables aux personnes morales**. cit. págs.187 y siguientes. Sobre las llamadas "collateral sanctions" impuestas a las corporaciones en el Derecho estadounidense, vid. por todos YELLEN/ MAYER: **Coordinating sanctions for corporate misconduct: civil or criminal punishment?** cit. págs.969 y siguientes.

interest director"¹⁴³⁸, la obligación de permitir una participación del Estado o el comprometerse en un trabajo voluntario socialmente útil¹⁴³⁹.

Cabe señalar la inexistencia, en los catálogos de medidas de seguridad aplicables a las sociedades mercantiles ofrecidos

¹⁴³⁸Vid. a favor de esta sanción SCHÜNEMANN: ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? cit. pág.44.

¹⁴³⁹TIEDEMANN: Poder económico y delito. cit. pág.170. Vid. ampliamente DE LA CUESTA ARZAMENDI: La sanción de trabajo en provecho de la comunidad. cit. págs.1067 y siguientes; y FIGUEIREDO DIAS: Direito penal português. Parte geral. II. 1993, cit. págs.370 y siguientes.

Esta medida no es aplicable si no media el consentimiento del afectado, lo que limita su aplicación. Vid. ZUGALDIA ESPINAR: Fundamentos de Derecho Penal (Parte General). cit. pág.90.

MIR PUIG/ MUÑOZ CONDE: Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal. cit. pág.614, introdujeron la posibilidad de sustitución total o parcial de todas las penas de prisión por un trabajo de utilidad social, siempre que así lo solicitara el condenado (artículo 74 de la P.A.), tras comprobar el éxito de su aplicación en Inglaterra. Vid. GARCIA ARAN en DE SOLA DUEÑAS/ GARCIA ARAN/ HORMAZABAL MALAREE: Alternativas a la prisión. cit. págs.240 y siguientes; VALMAÑA OCHAITA: Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español. cit. págs.171 y siguientes y 196.

Durante los debates en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de 1992 se introdujo, como consecuencia de una enmienda *in voce*, de carácter transaccional, del Grupo Parlamentario Socialista, la posibilidad de sustituir las penas leves de arresto de fin de semana por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Con esta finalidad se añadió en el artículo 88 PCP 1992 un nuevo apartado, con el número 2:

"En los mismos términos previstos en el párrafo anterior, los Jueces o Tribunales podrán sustituir las penas de arresto de fines de semana leves por trabajos en beneficio de la comunidad. En dichos casos cada arresto de fin de semana será sustituido por veinte horas de trabajo".

Vid. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, IV Legislatura, año 1993, número 642, Justicia e Interior, págs.19272, 19384 y 19387. En contra, por todos, CEREZO MIR: Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992. cit. pág.25.

La prestación de servicios en beneficio de la comunidad ha sido ya introducida en nuestro país en el artículo 17. 5º de la L.O., de 5 de junio de 1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores.

por los Proyectos españoles, de medidas que afecten directamente el aparato organizativo de las mismas¹⁴⁴⁰. En el caso de que el ilícito penal sea realizado por un sujeto que goza de una posición clave en la organización societaria, y el ilícito sea consecuencia de una deliberación de la Junta, o bien de la política de empresa, puede ser considerado como la manifestación directa de una peligrosidad que descansa sobre elementos determinados de la organización societaria, o, en los casos más graves, sobre toda la organización en su conjunto. El primer elemento sirve para justificar la imposición de la medida a la sociedad, sin violar el principio de la personalidad de la responsabilidad penal, mientras que el segundo sirve para confirmar que la actuación ilícita del administrador no es el fruto de una iniciativa individual y episódica, sino expresión de la peligrosidad inherente a la sociedad. Ambos permiten postular la introducción de medidas que afecten a la organización de la sociedad, como la exclusión de los socios que inspiran la política criminal de empresa, o el nombramiento de un administrador judicial, no previstas hasta el momento.

Los recientes Proyectos de Código penal, como ya he adelantado en algún momento, preveían la imposición de una más o menos amplia gama de sanciones para las personas jurídicas y otros entes supraindividuales. El PCP de 1980 las llamaba medidas de seguridad¹⁴⁴¹. Específicamente, su artículo 153

¹⁴⁴⁰Sobre dichas medidas y su justificación, vid. ampliamente, BRICOLA: *Il problema della responsabilità penale della società commerciale nel diritto italiano*. cit. pág.256 y siguientes.

¹⁴⁴¹El Proyecto de 1980, tras señalar en su artículo 131 que "las medidas de seguridad establecidas en este Código y demás Leyes penales no se podrán imponer sino a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad criminal de su autor", aclaraba, en su artículo 132, que ello "no obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las

permitía a los Tribunales, en los delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, aplicar todas o alguna de las medidas siguientes¹⁴⁴²:

actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes".

Al artículo 132 se presentaron cinco enmiendas, dos para añadir las fundaciones (120 y 381), dos para pedir la supresión (1505 y 1506) y la 956 para que se añadiera "cuando pueda presumirse fundadamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos".

El artículo 135 señala que "son medidas de seguridad:

16. Clausura de empresas, locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de clausura no deberá exceder de cinco años.

17. Disolución de asociaciones, sociedades o empresas.

18. Suspensión de las actividades de dichas asociaciones, empresas o sociedades, por un plazo que no podrá exceder de dos años.

19. Prohibición a tales entes de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años".

Considera SAINZ CANTERO: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II. cit. pág.43, que estas medidas tienen la naturaleza de medidas preventivas de carácter civil o administrativo, razón por la cual "el fallo del legislador radica... en llamarlas medidas de seguridad".

¹⁴⁴²Señala DE SOLA DUEÑAS: Consideraciones críticas a las medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal de 1980. cit. págs.905 y siguiente, se registra una restricción, o al menos un desajuste, entre este artículo y los artículos 132 y 135: no se menciona ya a las asociaciones y, en cuanto a las medidas concretas aplicables, no concuerdan las catalogadas en uno y otro artículo. No estamos de acuerdo con la última afirmación: el contenido material de las sanciones es el mismo, esto es, clausura, disolución, suspensión de actividades y prohibición de realizar determinadas actividades.

Al artículo 153 se presentaron varias enmiendas: la núm.1518 pedía la supresión, la 988 que no se hiciera distinción de delitos, la 222 que se incluyeran en la enumeración los delitos por tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, y la 1719 que se incluyese en el apartado d) a los socios y empresarios. Unicamente las enmiendas núms.158 y 419 ofrecían un texto alternativo, sin discriminación de delitos, señalando que las medidas se impondrían además de las penas, sustituyendo la disolución por la suspensión (no sólo de la

a) clausura de la empresa, sus locales o establecimientos;

b) disolución de la sociedad¹⁴⁴³;

c) suspensión de las actividades de la sociedad o empresa;

d) prohibición a la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades en sus operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllas en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito.

La PANCP no preveía la posibilidad de imponer medidas de seguridad a las personas jurídicas, en armonía con el no reconocimiento previo de su peligrosidad criminal. Se seguía un sistema en el que, a través de normas específicas, se aplicaban unas "medidas" a las personas jurídicas, de contenido idéntico a las penas reclamadas para las sociedades una vez que, hipotéticamente, se hubiere abandonado el principio del que partimos¹⁴⁴⁴. Aunque al no estar contenidas tales medidas entre las que se regulan en el Título IV sino en el Título VII, entre las consecuencias accesorias, quedaba en cuestión su

sociedad) en el apartado b), y añadiendo un último párrafo sobre intervención administrativa para salvaguardar intereses de los trabajadores o de la economía nacional.

¹⁴⁴³En el Derecho estadounidense se ha manifestado una fuerte resistencia a la aplicación de lo que se denomina "corporate death penalty". Cfr. YELLEN/ MAYER: *Coordinating sanctions for corporate misconduct: civil or criminal punishment?* cit. págs.969 y siguientes.

¹⁴⁴⁴Cfr. OCTAVIO/ HUERTA: *Derecho Penal. Parte General*. cit. pág.64. De acuerdo con ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. cit. pág.29, las medidas "se sitúan autónomamente junto a las penas, diferenciándose de ellas en una cuestión fundamental: mientras que la pena tiene siempre como presupuesto la culpabilidad del autor y queda por ello limitada, la medida de seguridad es independiente de la culpabilidad y se fundamenta tan sólo en la peligrosidad del sujeto en orden a su conducta futura".

naturaleza auténtica, debe ponerse de relieve que su contenido material era similar al de las tradicionales medidas de seguridad imponibles a las personas jurídicas¹⁴⁴⁵ y recogidas ya en los artículos 135 y 153 del PCP de 1980.

El mismo problema se planteó en el PCP de 1992. Su Título VI, rubricado "De las consecuencias accesorias", recogía una serie de medidas que, sin dudar de su carácter represivo, no tenían fácil acomodo ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad, pues, como indicaba la Exposición de Motivos¹⁴⁴⁶, "en ocasiones son adiciones posibles a las penas

¹⁴⁴⁵La PANCP prevé en su artículo 138, dentro de las consecuencias accesorias, medidas de este tipo para las personas jurídicas al decir que "el Tribunal, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos, podrá aplicar todas o algunas de las consecuencias siguientes:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de clausura no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de dos años.

d) Prohibición a la sociedad, asociación, fundación o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años".

¹⁴⁴⁶Vid. Informe de la Ponencia sobre la Ley Orgánica del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, 7 de abril de 1993, pág.578.

Con respecto a las consecuencias accesorias, JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal. Parte General.** cit. págs.718 y siguiente, pone de relieve que con dicha denominación el legislador expresa "que no se trata de penas accesorias... ni tampoco de medidas..., sino de sanciones de naturaleza propia, que se hallan vinculadas legalmente a la imposición de una pena o pueden vincularse con ella mediante el pronunciamiento judicial". En sentido favorable a la previsión de estas consecuencias, vid. MUÑOZ CONDE: **Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma.** cit. pág.16.

o medidas directamente derivables del hecho cometido, y en ocasiones son reacciones frente a quienes, como ocurre con sociedades o empresas, no son aptas para soportar las penas o medidas... Entre las segundas se sitúan la clausura, disolución, suspensión o prohibición de actividades futuras, para sociedades o empresas, cuando el delito se hubiere cometido en el marco de su actividad y cupiera deducir que habrían aprovechado esa estructura jurídica o que iban a continuar haciéndolo en el futuro, así como la privación de beneficios obtenidos". Estas medidas, reguladas en el artículo 134. 1¹⁴⁴⁷, podían ser impuestas, motivadamente, por el Juez o Tribunal, previa audiencia de los titulares o representantes legales; la clausura temporal y la suspensión, según el artículo 134. 2, "podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa", asumiendo entonces funciones preventivas. Se trata, pues, de medidas potestativas de contenido similar a las reguladas en el PCP de 1980 y en la PANCP de 1983, precisando correctamente el tercer apartado del artículo 134 que "estarán orientadas, entre otras finalidades, a prevenir la continuidad en la actividad delictiva de las personas físicas o jurídicas", pues, según indican COBO/ VIVES, "las medidas debieran ser básica, fundamental y exclusivamente,

¹⁴⁴⁷Artículo 134. 1: "El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años".

concreción de la idea de prevención especial"¹⁴⁴⁸. Y, como hemos visto, lo que el PCP de 1992 llama consecuencias accesorias son las típicas medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas.

Lo mismo sucede en el Anteproyecto de 1994. Su artículo 129 tiene idéntica redacción que el artículo 134 del PCP de 1992, con la única salvedad de añadir un apartado e) al punto 1, que introduce como consecuencia accesoria "la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores". Prescindo, pues, de repetir aquí las observaciones ya efectuadas al hilo del estudio de la regulación del PCP de 1992.

Podemos concluir este apartado señalando que, teniendo en cuenta que las sanciones que el PCP de 1980 llama medidas de seguridad, y la PANCP, el PCP de 1992 y el de 1994 consecuencias accesorias, las que se establecen en los criterios de la Comisión alemana de lucha contra la criminalidad económica, y las que las Naciones Unidas considera sanciones penales¹⁴⁴⁹, son las mismas, con ligeras modificaciones¹⁴⁵⁰, se demuestra la innecesariedad de acudir

¹⁴⁴⁸COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág. 783.

¹⁴⁴⁹Vid. LOPEZ REY Y ARROJO: *La criminalidad económico-social en la política criminal de las Naciones Unidas*. cit. pág. 46, quien señala que en la reunión interregional de expertos celebrada en Nueva York en 1979 se propusieron sanciones "penales" aplicables a las "corporaciones", consistentes en la suspensión, prohibición o limitación de actividades y aun la disolución en ciertos casos.

¹⁴⁵⁰Vid. YELLEN/ MAYER: *Coordinating sanctions for corporate misconduct: civil or criminal punishment?* cit. pág. 962, quienes expresamente señalan que "*the line between civil and criminal enforcement is further eroded because these collateral sanctions frequently result in penalties that appear distinctly punitive or "criminal" in nature*".

Cfr. también SCREVEENS: *Les sanctions applicables aux personnes morales*. cit. pág. 184, autor que pone de manifiesto que la naturaleza jurídica atribuida a una sanción depende más de la

al problema teórico de modificar nuestra dogmática jurídico-penal para reclamar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas¹⁴⁵¹. Los costes que ello acarrearía, fundamentalmente prescindir de los principios liberales garantizadores de la culpabilidad y personalidad de las penas, no compensan los posibles beneficios que pudieran reportarse.

Teniendo en cuenta que partimos de la constatación de que la moderna delincuencia económica, y especialmente la societaria, se ampara o utiliza las personas jurídicas como instrumento de acción o de encubrimiento, razones político-criminales exigen la previsión de instrumentos legales para evitar impunidades e impedir la comisión de nuevos delitos.

Esta necesidad político-criminal no encuentra acomodo si se mantiene la vigencia, en términos absolutos, del principio "*societas delinquere non potest*". Una interpretación moderada de tal principio, como la mantenida en páginas anteriores, en el sentido de que tales personas jurídicas carecen de capacidad criminal pero pueden, en determinados casos, ser objeto de medidas de seguridad en evitación de posibles delitos cometidos

voluntad del legislador que de criterios objetivos y fiables.

¹⁴⁵¹Cfr. BAJO FERNANDEZ: De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. cit. pág.376; del mismo autor: Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. cit. págs.70 y siguientes. Vid. también GRACIA MARTIN: La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. cit. marginales 606 y siguientes; PEREZ MANZANO: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. cit. marginales 15 y siguientes. Ahora bien, conviene tener en cuenta que el intento realizado por los diferentes textos de una independización conceptual y nominal de estas medidas respecto de las medidas de seguridad tradicionales no soluciona los problemas de fondo. También el antiguo § 30 OWiG hablaba de consecuencias accesorias sin resolverse por ello la polémica doctrinal. Cfr. al respecto SCHÜNEMANN: La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea. cit. pág.; TIEDEMANN: NJW 1988, pág.1171.

por personas físicas, permite en cambio cierta acomodación¹⁴⁵². Se trataría de crear una gama de medidas de seguridad de naturaleza básicamente patrimonial u organizativa, que golpeen a la sociedad en aquellos centros decisionales que el delito cometido por el administrador ha demostrado que son peligrosos¹⁴⁵³.

La defensa del principio que aquí analizo permite propugnar con mayor fuerza el castigo de la persona física que se esconde detrás del ente societario¹⁴⁵⁴. No se debe olvidar que en las grandes y pequeñas sociedades mercantiles siempre hay un número limitado de personas, generalmente reconocibles,

¹⁴⁵²Cfr. RODRIGUEZ RAMOS: Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas. cit. pág.1007.

¹⁴⁵³BRICOLA: Il costo del principio "societas delinquere non potest". cit. págs.41 y 44. También, vid. LOI: Problematica di diritto privato. cit. pág.32. Según el primer autor, las medidas de seguridad directamente aplicables a la sociedad se pueden clasificar según incidan sobre el elemento asociativo, sobre el fin, sobre el objeto, sobre el elemento organizativo en sentido estricto o bien sobre las cosas y patrimonio de la entidad. Así, entre las medidas que afectan al elemento asociativo menciona Bricola la exclusión de los socios inspiradores de la política empresarial de signo delictivo; son medidas que afectan al fin y objeto social la suspensión y la prohibición absoluta y relativa de actividad y la clausura del establecimiento; afectan a la organización social misma la modificación judicial del estatuto social, el nombramiento judicial de un administrador y la disolución de la sociedad; por último, inciden sobre el patrimonio y las cosas de la sociedad el comiso y las medidas de naturaleza pecuniaria destinadas a sustraer a la sociedad aquellos concretos medios económico-financieros destinados a favorecer la actividad delictiva.

¹⁴⁵⁴ZUGALDIA ESPINAR: Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest". cit. pág.79, postula la revisión del principio, en tanto en cuanto observa "cómo las personas jurídicas, usufructúan los delitos, cómo los grandes delincuentes económicos -auténticos parásitos sociales- se cobijan tras firmas que no merecen otra calificación". El principio que aquí sostenemos preconiza, precisamente, que se castigue al "parásito social", según expresión de ZUGALDIA, y no al "caparazón" que lo recubre, como correctamente ha señalado BAJO FERNANDEZ: De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. cit. pág.379.

que lo deciden todo al margen del resto de los socios, y es sobre ellos sobre quienes debe recaer la sanción penal como medio idóneo y eficaz de prevención de la delincuencia societaria¹⁴⁵⁵.

8. 1. 6. LAS SANCIONES DE LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1994.

En lo que hace a las sanciones, para la punición de los delitos societarios en la regulación de 1994 se ha recurrido fundamentalmente a la prisión y a la multa, "lo que evidencia el propósito preventivo general con el que se enfoca el castigo de este tipo de delincuencia"¹⁴⁵⁶. El acortamiento de las penas de privación de libertad permite conminar simultáneamente los delitos societarios con pena de multa, sin por ello rebasar la proporcionalidad que debe existir entre la gravedad del delito y la pena. La mayor flexibilidad en el establecimiento de la cantidad, que puede conseguirse mediante la introducción en nuestro Ordenamiento del sistema de días-multa, contribuye a la formación de un juicio favorable respecto a su aplicación a los delitos societarios.

El PCP de 1994 asume, como sus precedentes, el sistema

¹⁴⁵⁵Cfr. BAJO FERNANDEZ: De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. cit. pág.379.

¹⁴⁵⁶Lo mismo sucedía en el PCP de 1992. Cfr. GONZALEZ RUS: Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el PCP de 1992. cit. pág.186; del mismo autor: La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. cit. pág.175. En sentido altamente crítico, vid. FIGUEIRIDO DIAS: Direito penal português. Parte geral. II. 1993, cit. págs.124 y 154 y siguiente, quien entiende que la imposición conjunta de penas de prisión y multas incumple la verdadera función político-criminal de la multa como alternativa a la privación de libertad.

escandinavo de los días-multa¹⁴⁵⁷. Este sistema permite individualizar la cuantía de la multa teniendo en cuenta la capacidad económica del reo¹⁴⁵⁸, sin perjuicio de lo cual, en casos excepcionales, la cuantía podrá calcularse según la gravedad económica del perjuicio causado¹⁴⁵⁹. El Proyecto mantiene así la antigua multa proporcional para los supuestos expresamente previstos en la Parte especial¹⁴⁶⁰. Dentro de la

¹⁴⁵⁷Vid. MIR PUIG: **El sistema de sanciones en la PANCP de 1983**. cit. pág.193; MANZANARES SAMANIEGO: **Las penas patrimoniales en el Código Penal español**. Barcelona, 1980; del mismo autor: **Las penas patrimoniales en la PANCP**. cit. págs.233 y siguientes. El sistema de multas se regula en los artículos 50 a 53 del Proyecto de 1994.

¹⁴⁵⁸Artículo 50: "4. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la condena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del Capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la Sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo".

Artículo 51: "Si después de la sentencia el penado empeorare su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquel, podrá reducir el importe de las cuotas".

¹⁴⁵⁹Artículo 52: "1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, excepcionalmente, la cuantía de la multa no se establecerá por cuotas sino que será proporcional al daño causado, al valor de los efectos objeto del delito, o al beneficio reportado, en los supuestos en que así lo prevea expresamente este Código

2. En estos casos, en la aplicación de las multas, los Jueces y Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable".

¹⁴⁶⁰El artículo 48 del PCP de 1992, de redacción idéntica al 51 del Anteproyecto de 1994, y semejante en lo sustancial al artículo 52 del PCP del mismo año, fue objeto de una enmienda de supresión, presentada con el número 905 por el Grupo Popular, la cual evidentemente no fue asumida por el pre-legislador. Asimismo, también se manifestaron en contra de dicha regulación CEREZO MIR: **Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992**. cit. pág.30; MANZANARES SAMANIEGO: **Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)**. cit. págs.407 y siguiente.

delincuencia económica sólo en el blanqueo de dinero se recurre a la multa proporcional (tanto al triplo del valor de los bienes)¹⁴⁶¹, lo cual parece, cuanto menos, excesivamente restrictivo.

En el texto de 1994 se contempla asimismo la posibilidad de sustituir todas las penas privativas de libertad inferiores a un año cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen (artículo 89). Se añaden algunas novedades, como la exigencia de oír al Ministerio Fiscal y el requisito de que el delincuente no sea habitual, que parecen tender a restringir la aplicación de los sustitutivos¹⁴⁶².

Con respecto a la sanción de pena privativa de libertad en los delitos societarios, se opta por una extensión media de seis meses como límite inferior a cuatro años como límite superior¹⁴⁶³, con la única excepción del artículo 295, que

¹⁴⁶¹Vid. artículo 301 PCP 1994.

¹⁴⁶²Una posible explicación de este fenómeno en CERVELLO DONDERIS: **La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español**. cit. pág.58.

¹⁴⁶³El artículo 292 recoge una pena privativa de libertad de uno a tres años, el 293 y el 294 de seis meses a tres años, y el 296 de seis meses a cuatro años.

No obstante, como hemos visto, las críticas se han centrado con especial énfasis en las penas cortas de prisión. Para evitarlas, tanto la Propuesta de 1983 (artículos 35. 1 y 52. 3), como el Proyecto de 1980 (artículos 39 y 67), prevén la supresión de la pena de prisión inferior a seis meses, la introducción del arresto de fin de semana y la configuración de la multa según el sistema de los días-multa. Por lo que se refiere a los delitos societarios, ello se refleja en la inexistencia de penas inferiores al límite mínimo de seis meses. El Proyecto de 1994, como en su día el Proyecto de 1992, se inscribe en la misma línea. Vid. Exposición de Motivos del texto de 1992, cit. págs.9 y siguiente, donde el pre-legislador reconoce que "es absurdo amenazar con penas de muy larga duración que en ningún caso se van a cumplir".

sólo prevé como sanción la multa de seis a doce meses.

Se aumenta la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de la pena en ciertos casos¹⁴⁶⁴, dependiendo de la gravedad del hecho, de que sea el primero, de la edad o circunstancias de salud del autor, en términos de mayor amplitud que el Derecho vigente. De esta forma, se prevé la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a un año por multas o por arrestos de fin de semana, aún cuando no fuesen esas las penas previstas¹⁴⁶⁵. Tal posibilidad es una facultad de los Tribunales, y no una regla automática. Si la pena por reducciones de grado llega a descender a seis meses, se ordena que, en todo caso, tal pena sea sustituida. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrella del ofendido, como es el caso de los societarios, "los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena" (artículo 87 del PCP de 1994).

La pena principal de inhabilitación para el ejercicio de la profesión o industria del sujeto sólo se prevé para los delitos societarios, en cuyo ámbito resulta plenamente adecuada por las razones expuestas anteriormente, en el PCP de 1992, pero desaparece inexplicablemente en la regulación del Anteproyecto, ausencia que se mantiene en la redacción del Proyecto de 1994. En el texto de 1992 se exigía la

¹⁴⁶⁴Vid. la Sección primera, "De la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad", del Capítulo III, "De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad", del Libro I.

¹⁴⁶⁵Vid. el artículo 89, ya citado *supra*. Manifiestan serias dudas, que comparto, acerca de la aplicabilidad del arresto de fin de semana como alternativa a la pena corta de prisión, entre otros, CEREZO MIR: *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*. cit. págs.22 y siguientes; LUZON PEÑA: *El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia*. cit. pág.56; MANZANARES SAMANIEGO: *Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (1992)*. cit. págs.399 y siguientes, 424 y 428.

especificación de la profesión, oficio, industria o comercio que tuviere el penado y de los cuales se le priva¹⁴⁶⁶. Era, asimismo, loable su previsión como pena principal. La Exposición de Motivos reconoce la "enorme importancia y gran proyección de futuro" de esta clase de penas.

La publicidad de la sentencia condenatoria no está prevista como pena aplicable a los delitos societarios. En el ámbito de la delincuencia patrimonial y socio-económica sólo se regula en el artículo 283 (referente a los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores), como medida obligatoria para el Juez o Tribunal en caso de publicación en los periódicos oficiales, y potestativa, a solicitud del perjudicado, en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado¹⁴⁶⁷. Desde el momento en que no se prevé

¹⁴⁶⁶Artículo 36 del Proyecto de 1992: "Son penas privativas de derechos:

...b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, derecho de sufragio activo o pasivo, derecho, profesión, oficio, industria o comercio, o ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela".

Artículo 42: "La inhabilitación especial para derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cuya concreción ha de efectuarse expresa y motivadamente en la Sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena".

¹⁴⁶⁷Artículo 283: "En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado".

Desapareció en el Anteproyecto de 1994 la medida de obligatoria imposición prevista en el artículo 290 del PCP de 1992 (que hacía referencia a los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores), medida que, como hemos visto, vuelve a aparecer en el Proyecto de 1994. Fue sustituida por el artículo 250. 2, que sólo afectaba a los delitos consistentes en la infracción de los derechos de la propiedad intelectual, y que preveía la publicación como una medida meramente potestativa del órgano judicial.

Artículo 290 PCP 1992: "En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado".

esta sanción para los delitos societarios, no corresponde aquí su exégesis, bastando con manifestar nuestra crítica ante la falta de previsión de su aplicación a los delitos societarios.

De otro lado, en el PCP de 1994 se prevé la pérdida de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar¹⁴⁶⁸

Artículo 250. 2 Anteproyecto y Proyecto de 1994: "En el supuesto de sentencia condenatoria el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial".

¹⁴⁶⁸ Los artículos del PCP de 1992 se limitaban a reproducir el texto del artículo 48 del Código penal vigente. Vid. una amplia y fundamentada crítica en VIVES ANTON: **Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal**. cit. págs.121 y siguientes.

En Alemania, el párrafo 11 I, número 8 StGB denomina medidas a la pérdida de ganancias y al comiso. Con respecto a la pérdida de ganancias, mientras que el Derecho anterior sólo la conocía como pena accesoria, y en pocos preceptos, el Derecho vigente desde 1975 contiene una disposición general sobre la pérdida de las ventajas patrimoniales conseguidas ilícitamente (párrafos 73 y siguientes). Se trata de una medida que responde al párrafo 812 BGB, en cuanto tiende al restablecimiento de una situación patrimonial ajustada a Derecho. Esta institución, según JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**. 1993, cit. págs.721 y siguientes, "constituye una regulación clara, necesaria y adecuada de las (ganancias) obtenidas ilícitamente, a las que sólo podría llegarse de modo indirecto e impreciso con la pena de multa, operando con la cuantía de las cuotas diarias o imponiéndola en penalidad conjunta con la pena privativa de libertad".

Los requisitos de la declaración de pérdida de la ganancia son los siguientes: para empezar, debe haber un hecho antijurídico, que también puede ser realizado por un autor o partícipe actuando sin culpabilidad. Además, el autor o partícipe tiene que haber obtenido por el delito, o directamente desde el delito, una ganancia patrimonial. Vid. ampliamente JESCHECK: **ob. et loc. cit.** y la bibliografía en lengua alemana que recoge.

El Código penal portugués, por su parte, recoge también en un Título independiente, paralelo a los que dedica a las penas y a las medidas de seguridad, la "pérdida de cosas o derechos relacionados con el delito", ocupándose de forma separada de la pérdida de los instrumentos y productos del delito (artículo 107), los objetos en poder de tercero (artículo 108), y la pérdida de cosas o derechos relacionados con el delito (artículo 109). Vid. ampliamente FIGUEIRIDO DIAS: **Direito penal português. Parte geral. II**. 1993, cit. págs.613 y siguientes.

Sobre la situación en Italia, vid. PEDRAZZI: **Profili problematici del diritto penale d'impresa**. cit. pág.145.

(artículo 127, incluido en el Título VI, "de las consecuencias accesorias"¹⁴⁶⁹). Ahora bien, ha desaparecido del texto del Proyecto el artículo 321 del Anteproyecto de 1994, único del capítulo IV, "Disposición común a los Capítulos anteriores", que imponía la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia de los delitos tipificados en los Capítulos anteriores (sobre la ordenación del territorio, contra los

¹⁴⁶⁹Como señala MANZANARES SAMANIEGO: **La pena de comiso en el proyecto.** cit. pág.620, "la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una "medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial", por emplear palabras de Maurach, o, si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito". Se trata, en consecuencia, más que de una medida de Derecho penal, "una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, también llamado enriquecimiento injusto", según indica GRACIA MARTIN: **Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales.** cit. pág.101. En el Derecho alemán, por ejemplo, las únicas "consecuencias accesorias" son la inhabilitación para cargo público y derechos de sufragio activo y pasivo, mientras que el comiso es objeto de tratamiento separado, dentro de las "consecuencias jurídicas del hecho" o "*Rechtsfolgen der Tat*".

LUZON PEÑA: **El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia.** cit. pág.58, por su parte, se manifiesta a favor de esta regulación, puesto que "es más correcto que considerarlas penas o medidas de seguridad..., y por otra parte, dada su conexión con la pena y su sentido preventivo, no es correcto calificarlas de medidas administrativas, sino como una tercera clase de sanciones penales". En el mismo sentido, vid. MIR PUIG/MUÑOZ CONDE: **Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal.** cit. pág.613, quienes consideran el comiso como una consecuencia *sui generis* del delito que se prevé en un Capítulo separado, en el incluyen también la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos.

Al artículo 135 del PCP de 1992? se presentaron dos enmiendas durante la tramitación parlamentaria. La núm.702, del Grupo IU-IC, propone "suprimir *in fine* a partir de <<respecto de los cuales>> hasta el final", puesto que "en ningún supuesto delictivo es admisible que el delito reporte un beneficio a su autor". La enmienda núm.571, del Grupo CDS, coincide en que "el precepto debe tener un carácter absoluto, porque no puede admitir que el reo obtenga beneficio alguno derivado de la comisión de un delito". Estas razonables críticas fueron asumidas por el pre-legislador, puesto que en el PCP de 1994 se establece que toda pena que se impusiere por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de las ganancias provinientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

recursos naturales y el medio ambiente y relativos a la protección de la vida silvestre), a los responsables de los mismos o a la persona física o jurídica por cuya cuenta hubieren actuado¹⁴⁷⁰. Resulta altamente criticable que esta previsión, cuya aplicación a los delitos societarios permitiría cubrir una laguna de nuestro Ordenamiento en cuanto al comiso de la ganancia (señalada por MANZANARES SAMANIEGO¹⁴⁷¹ y GRACIA MARTIN¹⁴⁷², entre otros), no tuviera en su día un alcance más general¹⁴⁷³. La pérdida de la ganancia "constituye una regulación clara, necesaria y adecuada de las obtenidas ilícitamente, a las que sólo podría llegarse de modo indirecto e impreciso con la pena de multa"¹⁴⁷⁴.

El Proyecto de 1994 regula un amplio elenco de medidas de seguridad postdelictuales, aplicables siempre "que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito", y "que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse

¹⁴⁷⁰Artículo 321 Anteproyecto de 1994: "El Juez o Tribunal impondrá la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia de los delitos tipificados en los Capítulos anteriores, a los responsables de los mismos o a la persona física o jurídica por cuya cuenta hubieren actuado". Reproduce la redacción del artículo 324 del PCP de 1992.

¹⁴⁷¹Vid. MANZANARES SAMANIEGO: *Las penas patrimoniales*. cit. pág.267.

¹⁴⁷²Vid. GRACIA MARTIN: *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*. cit. págs.100 y siguientes.

¹⁴⁷³Como pone de manifiesto SCHÜNEMANN: *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?* cit. pág.43, "ningún accionista tiene una pretensión justificada respecto de los dividendos relativos a actuaciones antijurídicas", siendo "exigible, sin más, la privación expresa del exceso de ingresos frente a la sociedad".

¹⁴⁷⁴JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*. 1993, cit. pág.722. Sobre la regulación que efectúa el Anteproyecto de Código penal de 1992, vid. las interesantes propuestas de política criminal ofrecidas por VIVES ANTON: *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal*. cit. págs.122 y siguientes.

un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos" (artículo 96), esto es, siempre que sea posible apreciar la peligrosidad criminal de la persona física en cuestión. No se admite la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas. Por lo que a nosotros interesa, aparece la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, si bien únicamente "cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no pudiera imponérsele la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 21" (artículo 107).

CAPITULO NOVENO

9. PARTE ESPECIAL: LOS DELITOS SOCIETARIOS EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1994.

9. 1. DETERMINACIONES PREVIAS.

Una vez que se ha demostrado la necesidad político-criminal y dogmática de proceder a la criminalización de ciertos ilícitos societarios, y se han delineado las cuestiones más problemáticas de Parte general, habrá que indagar asimismo si la técnica de tipificación empleada en la redacción de los preceptos por los autores del PCP de 1994 es satisfactoria, tanto desde el punto de vista de los objetivos dogmáticos y político-criminales que se persiguen como desde las relaciones de los nuevos delitos societarios con las infracciones clásicas de nuestra legislación penal, de forma que se responda a la altura técnica y a las premisas que hoy deben orientar a un

Derecho penal que se pretenda científico¹⁴⁷⁵. A dicha labor dedicaré la última parte de esta investigación.

Como ya he tenido ocasión de advertir, se hace necesario diferenciar aquí un doble plano que, de forma explícita o implícita, está siempre presente en las opiniones de la doctrina penal cuando aborda el tema de los delitos societarios. En efecto, es distinto el análisis en abstracto de la necesidad de crear tipos societarios de la valoración concreta de la regulación normativa ofrecida por un Proyecto determinado. En la Parte especial de este trabajo, ya en un plano concreto ceñido al PCP de 1994, efectuaré un somero estudio de cada tipo delictivo en particular, teniendo en cuenta que, no tratándose todavía de legislación vigente, más que un completo análisis dogmático es interesante efectuar una crítica de las elecciones del pre-legislador desde un punto de vista político-criminal, ofreciendo pautas que puedan ser útiles en su labor futura sobre el tema. Para realizar este análisis he optado por seguir el orden en el que los diversos delitos han sido colocados por el legislador. No es éste el criterio de sistematización más extendido en la doctrina¹⁴⁷⁶,

¹⁴⁷⁵Estas premisas no son demasiado a menudo sino declaración de intenciones del legislador "contundentemente desmentidas en el articulado". TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros**. cit. pág.849, nota núm.7.

¹⁴⁷⁶Según señala MAZZACUVA: **Problemi attuali di Diritto penale societario**. cit. págs.31 y siguientes, y en **Profili storici e sistematici dei reati societari**. en DI AMATO: **Trattato di Diritto penale dell'impresa**. Vol. II. cit. págs.31 y siguientes, se puede intentar la ordenación de la materia atendiendo a la estructura intrínseca y el contenido de las figuras delictivas, al interés protegido, a los sujetos pasivos o a la fase de la vida social afectada. Según el primero, el Derecho penal societario estaría constituido por los delitos de falsas comunicaciones sociales, los atentados a la función de garantía del capital social y las reservas, la infidelidad de los órganos sociales, los excesos de poder y la inobservancia de obligaciones funcionales. Cfr. ANTOLISEI: **Manuale di diritto penale. Leggi complementari**. 1993, cit. *passim*. Atendiendo al interés protegido, se distingue entre normas que tutelan la actividad social, el funcionamiento regular de los órganos sociales y la observancia de obligaciones funcionales. Vid.

pero lo he preferido por razones de claridad en la exposición.

Señalemos además que el método que he elegido para la realización del presente trabajo no coincide con el que es usual en la interpretación del Derecho vigente. En esta última labor los juristas pretenden encontrar criterios razonables que faciliten el conocimiento de los textos legales. En el análisis de un Proyecto de Código penal, en cambio, conviene tomar como punto de partida un modelo ideal de regulación, y confrontarlo con el propuesto por los autores del texto destinado a convertirse en ley¹⁴⁷⁷. Se trata de plantear una elección de modelos en la que la decisión exige realizar con carácter previo una fundamentación de naturaleza político-criminal y técnico-legislativa. Y ello porque cabe afirmar, en general, que la fundamentación político-criminal del sistema puede ser aceptable, pero resultar rechazable desde el punto de vista de la técnica legislativa adoptada, lo mismo que ésta puede ser adecuada pero falsa la justificación político-criminal.

Es indispensable una correcta descripción de cada uno de los elementos que componen la estructura típica de las conductas objeto de incriminación. Con el empleo de una adecuada técnica legislativa pueden evitarse lagunas de punibilidad como las que hemos tenido ocasión de señalar. Y es

CONTI: *Diritto penale commerciale*. I. cit. *passim*; o NAPOLEONI: *I reati societari*. I. cit. *passim*. En cuanto al criterio de los sujetos pasivos, vid. por ejemplo GIULIANI BALESTRINO: *I problemi generali dei reati societari*. cit. *passim*, quien distingue delitos que lesionan el interés de los socios, de la sociedad, de los acreedores o de terceros. Cabe oponer a esta construcción la posibilidad de que existan delitos societarios pluriofensivos en los que se haya tenido en cuenta la protección de todos o algunos de esos intereses. Por último, la clasificación de los delitos societarios según se cometan durante las fases de fundación, vida o extinción de la sociedad, como hacen la legislación y la doctrina francesas, obliga a reiterar preceptos de idéntica estructura, complicando en exceso la regulación y el estudio.

¹⁴⁷⁷Cfr. STAMPA/ BACIGALUPO: *La reforma del Derecho penal económico español*. cit. pág.143.

que tan lamentable es el empleo de listas casuísticas cerradas, que excluyen la posibilidad de aplicar el tipo a casos reales que no coinciden exactamente con la descripción, pero en los cuales se ha producido efectivamente la afección al bien jurídico penalmente protegido, como la técnica contraria, en la que la indefinición de los términos típicos puede llevar a una ampliación excesiva del ámbito de aplicación de la norma, superando los límites impuestos por el principio de subsidiariedad del Derecho penal¹⁴⁷⁸.

**9. 2. EL DELITO DE FALSAS COMUNICACIONES SOCIALES:
ARTICULO 292 DEL PCP DE 1994.**

Con respecto a la regulación de los delitos societarios de falsedades efectuada en el PCP de 1994, la novedad más destacable está constituida por la desaparición del tipo consistente en publicar datos falsos relativos a la situación de una compañía mercantil, o aparentar tener en ella participación distinta a la real, para causar un perjuicio a la misma, a cualquiera de sus socios o a un tercero, tradicional en nuestra historia pre-legislativa, según he tenido ocasión de señalar¹⁴⁷⁹.

El artículo 300. 1 del PCP de 1992 constituía un tipo mixto que reunía en su seno dos formas de conducta en relación de alternatividad¹⁴⁸⁰, publicar datos falsos relativos a la

¹⁴⁷⁸Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.224.

¹⁴⁷⁹Vid. *supra*.

¹⁴⁸⁰Con COBO/ VIVES: *Derecho Penal. Parte General*. 1991, cit. pág.337, entendemos por tipos mixtos alternativos aquellos "que resultan cumplimentados por la presencia de cualquiera de las formas de conducta alternativamente descritas por el texto legal, sin que la presencia de varias de ellas en el supuesto de hecho suponga la multiplicidad de delitos".

situación de una compañía mercantil o aparentar tener en ella participación distinta a la real. Ninguno de los dos supuestos podría ser sancionado como delito de falsedad en documento mercantil a tenor de la regulación del PCP de 1992. Y ello no sólo porque no presuponen en todo caso la comisión de una falsedad, sino también porque aun siendo así, tanto la jurisprudencia como muy especialmente la doctrina manejan, como hemos visto¹⁴⁸¹, un concepto notablemente restringido tanto de lo que debe ser considerado documento en sentido estricto como de documento mercantil. Pero también es dudoso que pudiera constituir una falsedad en documento privado. El Tribunal Supremo define esta noción residual (ya que es el que posee los requisitos propios de todo documento y no es ni público, ni oficial ni de comercio) como "toda documentación gráfica del pensamiento, por escrito y en papel, con finalidad probatoria y preconstituida, no autorizado por notario o funcionario público"¹⁴⁸². En este concepto difícilmente puede incluirse la publicación de los datos falsos a que hacía referencia el artículo 300, que no sólo no tenía por qué perseguir una finalidad "probatoria y preconstituida", sino que podía realizarse por cualquier medio, incluso no documental¹⁴⁸³. Efectivamente, "publicar", según el Diccionario de la Real Academia, es equivalente a "hacer notorio o patente por cualquier medio una cosa que se quiere hacer llegar a noticia

¹⁴⁸¹Vid. *supra*, la alusión a las tesis doctrinales en torno a los conceptos amplio y restrictivo de "documento".

¹⁴⁸²Vid., entre otras, SSTs 24 noviembre 1983 (Ar. 5688), 27 junio 1983 (Ar. 3591), 30 marzo 1984 (Ar. 1880).

¹⁴⁸³Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros**. cit. pág. 856. Como hemos tenido ocasión de señalar *supra*, en el Código penal de 1928 se describía ya un genuino delito societario de publicación de datos falsos, como delito de peligro abstracto para el patrimonio, cuyo injusto se consumaba con la mera transmisión de comunicaciones o informes contrarios a la verdad, con tal de que se constataste la presencia de un especial elemento subjetivo del tipo, el ánimo de defraudar.

de todos"¹⁴⁸⁴. Es perfectamente posible publicar datos falsos sin dejar una constancia documental (por ejemplo, en un programa de radio), en cuyo caso definitivamente se excluiría la aplicación de los delitos de falsedades documentales. Con mayor razón aún cae fuera del ámbito de aplicación de las falsedades documentales el aparentar tener en la sociedad participación distinta a la real, modalidad de conducta que tampoco requiere necesariamente la comisión de una falsedad documental, puesto que puede consistir en meras declaraciones verbales sin plasmación en un documento. Con respecto a este segundo tipo contenido en la figura legal mixta del artículo 300. 1, estimo que era correcta su tipificación, puesto que venía a cubrir una laguna de punibilidad en la materia. Por otro lado, la exigencia del elemento subjetivo del injusto que también le afectaba permitía excluir de su ámbito de aplicación aquellas conductas que no persiguieran una finalidad ilícita, debiendo resultar entonces irrelevantes a efectos penales¹⁴⁸⁵.

Este precepto cubría, pues, un sector de la delincuencia societaria no abarcado por los delitos de falsedades documentales, pudiendo afirmarse que era valorativamente correcto y político-criminalmente útil. Su desaparición es, a mi juicio, lamentable e injustificada.

¹⁴⁸⁴En la jurisprudencia francesa en torno al delito contenido en el artículo 437 de la Ley de 1966 se afirma que la publicación consiste en cualquier procedimiento que tenga como propósito y como efecto dar a conocer a información a los terceros.

¹⁴⁸⁵Consideraba SERRANO GOMEZ: **Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas**. cit. pág.397, que no se concretaba en el artículo 300 la finalidad perseguida con la apariencia de participación distinta a la real, lo cual estimaba el autor criticable en tanto en cuanto se fijaba una pena realmente severa a una conducta que podía tener escasa importancia. No obstante, creemos que la expresión "para causar un perjuicio a la sociedad, a cualquiera de sus socios, o a un tercero" hacía referencia a los dos tipos delictivos contenidos en el artículo 300. 1. En el mismo sentido, cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal**. cit. pág.189.

Como sabemos, el artículo 292 del PCP de 1994 reproduce casi exactamente el texto del artículo 299 del PCP de 1992. Ahora bien, el pre-legislador de 1994 ha introducido notables cambios en la regulación de los delitos no societarios de falsedades documentales¹⁴⁸⁶, que nos obligan a proceder a un estudio comparativo de las falsedades societarias y de las no societarias o "comunes", con el fin de determinar la procedencia o no de la tipificación de un delito societario específico de falsedades documentales en la sistemática del más reciente Proyecto de Código penal.

Los preceptos que nos interesan en la nueva regulación de las falsedades no societarias son el artículo 369 en relación con el 367¹⁴⁸⁷, que sancionan la comisión de falsedad en documento mercantil. El PCP de 1994 renuncia a definir la conducta típica y la noción de documento mercantil, limitándose en el primer caso a ofrecer una enumeración cerrada de diferentes conductas, incurriendo así nuevamente en el tan

¹⁴⁸⁶El Capítulo II, "De las falsedades documentales", del Título XV del PCP de 1994, "De las falsedades", contiene tres secciones, tratando la primera "de la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación" (artículos 367 a 371), la segunda "de la falsificación de documentos privados" (artículos 372 y 373) y la tercera "de la falsificación de certificados" (artículos 374 a 376).

¹⁴⁸⁷Artículo 369: "El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 367, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

Artículo 367: "1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años y multa de seis a veinticuatro meses la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometiere falsedad:

1°. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2°. Simulando un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3°. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho...".

denostado casuismo del actual Código penal, y en el segundo a darlo por supuesto. El concepto genérico de documento se contiene en el artículo 26¹⁴⁸⁸, que establece que "a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica". Esta definición legal permite prescindir del carácter escrito, puesto que se da entrada a las tesis doctrinales que optan por un concepto amplio de documento, en tanto en cuanto se otorga primacía a la idea de manifestación duradera de una declaración humana de tal forma que la concreta manera en la que se lleve a cabo su exteriorización adquiere una importancia secundaria¹⁴⁸⁹. Se incluyen, pues, en el concepto de documento vídeos, diskettes informáticos, cintas magnetofónicas, etc. No obstante considerarse adecuada esta más amplia definición, en el ámbito societario el tradicional documento escrito será el objeto material sobre el que con mayor frecuencia recaerá la acción delictiva.

Se produce una superposición parcial entre el delito societario previsto en el artículo 292 y el delito de falsedad en documento mercantil recogido en el artículo 369 en relación con el 367, puesto que si bien coincide la conducta típica, consistente en ambos casos en falsear, tanto el ámbito de sujetos activos como el objeto material del delito societario

¹⁴⁸⁸Tampoco se definía el documento en el PCP de 1980, ni en la PANCP de 1983, pero sí en el PCP de 1992, el cual, en el artículo 376. 1, estableció que "a los efectos de este Código se considera documento todo papel o soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria". Esta definición de documento se mantiene en el Proyecto de 1994, donde se traslada al artículo 26, contenido en el Capítulo VI, "Disposiciones Generales", del Libro I, "De la infracción penal".

¹⁴⁸⁹Vid. *supra*. Cfr. la definición penal de documento ofrecida por ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.223: "todo objeto que materialice un sentido y con el que se dé fe o pruebe algo con trascendencia jurídica".

son más restrictivos.

Así, se puede afirmar que los documentos mencionados en el tipo societario, que son, recordemos, "las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad", constituyen únicamente una especie de los documentos mercantiles. Y ello puesto que dentro del amplio género de los documentos mercantiles el tipo societario sanciona las falsedades cometidas en aquéllos que **deben** reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, esto es, aquéllos respecto de los cuales el Ordenamiento jurídico prevé, por disposiciones legales o reglamentarias, que han de cumplir dicha función, como es el caso de las cuentas anuales¹⁴⁹⁰, mencionadas expresamente en el tipo, pero también del programa de fundación en la fundación sucesiva (artículo 20 LSA), del informe técnico de viabilidad y folleto informativo que se aportan a la CNMV con ocasión igualmente de la fundación sucesiva (artículo 21 LSA), del proyecto de fusión en caso de fusión de cualesquiera sociedades (artículos 234 y 235 LSA), los informes de expertos independientes y de los administradores sobre dicho proyecto de fusión (artículo 236 y 237 LSA); del proyecto de escisión (artículo 255 LSA), así como los informes de expertos independientes y de los administradores sobre dicho proyecto de escisión (artículos 256 y 257 LSA); del folleto explicativo en el caso de una OPA (artículo 15 RD 1197/ 1991, de 26 de julio, sobre Ofertas Públicas de Adquisición de Valores¹⁴⁹¹); del folleto inicial,

¹⁴⁹⁰Debe resaltarse que las cuentas anuales constituyen, por mandato legal, una unidad. El legislador mercantil pretende con ello que las cuentas anuales faciliten, de modo simultáneo, toda la información necesaria sobre la actividad económica de la sociedad en el ejercicio económico (cuenta de pérdidas y ganancias), sobre su situación patrimonial (balance) y sobre determinados extremos jurídica y económicamente relevantes relacionados con aquellos documentos contables (memoria). Cfr. BROSETA PONT: **Manual de Derecho Mercantil**. 1994, cit. pág.327.

¹⁴⁹¹BOE núm.184, de 2 de agosto de 1991, con corrección de errores en el BOE núm.227, de 21 de septiembre de 1991. 7

los informes trimestrales, y la memoria anual que deben ofrecer las instituciones de inversión colectiva¹⁴⁹²; del folleto

¹⁴⁹²La Ley 46/ 1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, desarrollada por el Reglamento aprobado por R.D. 1393/ 1990, define los documentos y los plazos de su publicación para las ICC de carácter abierto, teniendo en cuenta lo establecido por la Directiva 85/611/CEE, de 20 de diciembre, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios. Según el punto 1 del artículo 28 de la Directiva, "el folleto deberá contener las informaciones necesarias para que los inversores puedan formular un juicio fundado sobre la inversión que se les propone". El número 2 del mismo artículo señala que el informe o memoria anual "deberá contener un balance o un estado de patrimonio, una cuenta detallada de los ingresos y de los gastos del ejercicio, un informe sobre las actividades del ejercicio precedente y las demás informaciones previstas en el esquema B anexo a la presente Directiva, así como cualquier información significativa que permita a los inversores formular con conocimiento de causa un juicio sobre la actividad y los resultados del organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios". Vid. ampliamente MARTINEZ MUÑOZ: **La información en las instituciones de inversión colectiva**. cit. págs.26 y siguientes.

Por su parte, a las Instituciones de tipo cerrado, de las cuales son exponentes los Fondos de Titulización Hipotecaria (FTH), no les resulta de aplicación el sistema del folleto informativo propio de los Fondos de Inversión abiertos. En concreto, el régimen del folleto informativo de los FTH está contenido en los artículos 26 d, 28 y 92 d de la LMV, en la Sección Quinta del Capítulo II (artículos 15 a 22 del RD 291/ 1992) y en la Orden de 12 julio 1993. Según esta normativa, el contenido del folleto informativo se distribuye en tres grandes apartados:

1) la introducción o "resumen del folleto informativo", en el cual deben figurar dos tipos de menciones: a) una información sobre la denominación del FTH, de su Sociedad Gestora, de los valores que emite y que constituirán su pasivo, de los mercados secundarios en los que solicitará la admisión, de la cartera o carteras de participaciones hipotecarias que integran su activo y de las entidades emisoras de las mismas, etc. b) Una serie de advertencias relevantes para el inversor, referidas al carácter estimatorio de las informaciones que se suministran sobre pagos de interés, amortizaciones de principal, vidas medias y rendimientos; al riesgo de morosidad y de amortización anticipada de las participaciones hipotecarias agrupadas en el FTH; a la falta de legitimación activa para actuar contra las entidades emisoras de las participaciones hipotecarias ni contra la Sociedad Gestora por morosidad, etc.

2) El cuerpo del folleto, dividido en siete capítulos, relativos a las personas que asumen la responsabilidad de su contenido y organismos supervisores del folleto, así como de los

informativo en caso de oferta pública de valores negociables¹⁴⁹³, del inventario y balance de la sociedad al tiempo de comenzar las funciones del órgano de liquidación¹⁴⁹⁴ (artículo 272 LSA), del estado anual de cuentas durante la

auditores que hayan verificado los activos titulizados; a la información relativa a los valores que se emiten con cargo al FTH; a la información de carácter general sobre el FTH; a las informaciones sobre las características de los activos utilizados a través del Fondo; a las operaciones económico-financieras del FTH; a informaciones de carácter general sobre la sociedad gestora del FTH; y a la evolución reciente y perspectivas del mercado hipotecario en general y del mercado de préstamos hipotecarios en particular, que puedan afectar a las perspectivas financieras del FTH.

3) Por último, se añaden en el momento del registro del folleto informativo cinco Anexos, con otros datos y documentos de interés para el posible inversor.

¹⁴⁹³En el ámbito de la organización del mercado de valores se atribuye particular importancia a los folletos informativos como instrumentos necesarios para la protección de los inversores. La legislación española ha tratado de asegurar que a través de dichos folletos se garantice, como afirma el artículo 15. 1 del R.D. 291/ 1992, de 25 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, que los destinatarios de la oferta de suscripción o de venta dispongan de los datos necesarios para que "puedan formarse un juicio completo y razonado sobre la misma". Vid. ampliamente CACHON BLANCO: *El principio jurídico de protección al inversor de valores mobiliarios*. cit. pág.648; DEL CAÑO: *Resoluciones del Protector del Inversor de la Bolsa de Madrid. Trascendencia jurídica del folleto de emisión*. "RDBB" núm.47, 1992, pág.908; SANCHEZ-CALERO GUILARTE: *La responsabilidad derivada del folleto informativo en la jurisprudencia alemana*. "RDBB" núm.53, 1994, pág.217.

Vid. la Directiva 89/298/CEE, de 17 abril 1989, y el breve análisis de la misma ofrecido por SANCHEZ-CALERO GUILARTE: *Directiva sobre el folleto a publicar en caso de oferta pública de valores negociables*. "RDBB" núm.44, 1991, págs.443 y siguientes. Más ampliamente, vid. FERRARINI: *Il prospetto informativo: funzioni e contenuti*. cit. págs.176 y siguientes.

¹⁴⁹⁴Como señalan URÍA/ MENENDEZ/ BELTRAN: *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*. cit. pág.143, estos documentos contables servirán para manifestar a los socios y a los terceros el estado patrimonial de la sociedad al tiempo de iniciarse la liquidación y las variaciones sufridas con posterioridad al último balance aprobado.

liquidación (artículo 273 LSA¹⁴⁹⁵), del balance final de la liquidación (artículo 274 LSA), etc.

Con esta interpretación se logra, a nuestro juicio, justificar la creación de un delito societario de falsedad, puesto que no se trata de sancionar las falsedades en documentos mercantiles ya previstas con carácter general, sino de castigar con mayor severidad las falsedades en documentos mercantiles que merecen una especial protección al tener como función legal o reglamentariamente encomendada el dar a conocer a socios y terceros la situación jurídica o económica de la sociedad mercantil¹⁴⁹⁶.

De esta forma, las falsedades en documentos mercantiles que no tienen esta función serán sancionadas a través del delito común de falsedad en documento mercantil. Es el caso; por ejemplo, de las falsedades en el informe de los administradores exigido en el supuesto de aumento de capital con aportaciones no dinerarias (artículo 155 LSA)¹⁴⁹⁷; de los

¹⁴⁹⁵Este estado de cuentas debe permitir "apreciar con exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación" (artículo 273. 2 LSA), fórmula que sustituye a la exigencia de "mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad" de que habla el artículo 172. 2. Se deja en libertad a los liquidadores para que den al estado de cuentas la estructura más adecuada a la especial situación en que se encuentra la sociedad, con tal que ese estado de cuentas refleje con exactitud la situación contable de la empresa en función del valor de realización, así como la marcha de las operaciones de liquidación según los asientos de los libros de contabilidad. Vid. ampliamente URIA/MENENDEZ/ BELTRAN: *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*. cit. págs.169 y siguientes, especialmente págs.173 y 174.

¹⁴⁹⁶Vid. ampliamente MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. págs.12 y siguientes, quien ofrece un extenso catálogo de la información debida en el ámbito de las sociedades mercantiles.

¹⁴⁹⁷En este informe "se describirán con detalle las aportaciones proyectadas, las personas que hayan de efectuarlas, el número y valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en

datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión, en el supuesto de aumento de capital social por compensación de créditos (artículo 156 LSA); de la comunicación escrita que los administradores dirigen a cada uno de los accionistas, cuando todas las acciones son nominativas, sustituyendo la publicidad informativa de las ofertas de suscripción preferente de acciones a través del BORM (artículo 158 LSA); en el supuesto de exclusión del derecho de suscripción preferente, el informe elaborado por los administradores en el que se han de justificar detalladamente la propuesta y el tipo de emisión de las acciones, con indicación de las personas a las que éstas habrán de atribuirse (artículo 159 LSA); a la hora de convocar la junta que vaya a tomar el acuerdo de emitir obligaciones convertibles, el informe de los administradores que explique las bases y modalidades de la conversión (artículo 292 LSA); en la reducción de capital por compra y amortización de acciones propias, la propuesta de compra, que debe incluir "todas las menciones que sean razonablemente necesarias para la información de los accionistas que deseen vender, y, en su caso, expresará las consecuencias que se deriven de no alcanzar las acciones ofrecidas el número fijado en el acuerdo" (artículo 170. 2 LSA), etc.

El análisis del sujeto activo confirma la interpretación que hemos efectuado. En efecto, en la regulación de los delitos comunes de falsedades documentales el PCP de 1994 distingue únicamente, por lo que aquí interesa, dos categorías de sujetos activos: la autoridad o funcionario público, a los que se asimila el eclesiástico respecto de ciertos actos y documentos (artículo 367), y los particulares que cometieren "en documento público; oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 367" (artículo 369). La condición de administrador de hecho o de derecho no fundamenta, a tenor de los artículos 367

que la aportación consista" (artículo 155. 1 LSA).

y siguientes del PCP de 1994, ninguna agravación, de forma que de cometer alguna falsedad documental, y caso de no existir el delito societario que nos ocupa, serían sancionados a tenor del artículo 369, puesto que se incluyen en la expresión con la que este precepto delimita el círculo de sujetos activos ("los particulares").

Por su parte, el delito societario de falsedad contenido en el artículo 292 prevé como sujetos activos a "los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil". No reproduciremos aquí las críticas ya efectuadas a este restrictivo círculo de sujetos activos al hilo del estudio en Parte general del concepto de administrador de hecho o de derecho. Baste señalar que en otros Ordenamientos, como el italiano, el tipo de falsas informaciones sociales menciona específicamente a los promotores y fundadores¹⁴⁹⁸.

Un último elemento diferenciador¹⁴⁹⁹: la presencia de un **elemento subjetivo del injusto** en el delito societario de falsedad, consistente en la finalidad de causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero. Se trata de un tipo penal, pues, en el que el ataque al bien jurídico penalmente protegido está definido por la necesaria presencia de esta característica subjetiva, que delimita la condición lesiva de la conducta. La presencia de dicho elemento tiene un efecto restrictivo con respecto a las posibilidades

¹⁴⁹⁸Cfr. MAZZACUVA en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. 1992, cit. pág. 38.

¹⁴⁹⁹En la expresión "el particular", utilizada en el artículo 369 para describir al sujeto activo, se incluyen "los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil", a que hace referencia a su vez el artículo 292. Por otra parte, el verbo "falsear" debe llenarse de contenido poniéndolo en relación con el artículo 367, que recoge el catálogo cerrado de conductas típicas que consisten en "cometer falsedad". Ya por último, hemos tenido ocasión de comprobar que la jurisprudencia no duda en considerar documentos mercantiles "las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad".

de aplicación del precepto, de forma que en caso de no poder demostrarse su concurrencia será de aplicación no el delito societario, sino el delito de falsedad en documento mercantil. Y es que, como ya señalaba KAISER¹⁵⁰⁰ al comentar el precepto correspondiente en la PANCP (artículo 294), "siempre cabrá aducir que el autor ha realizado algo en favor de la empresa, pero sin querer perjudicar a nadie".

La superposición con respecto a diversos elementos típicos permite sostener que el delito societario de falsedad en las cuentas anuales y otros documentos y el delito común de falsedad documental se hallan en relación de especialidad, entendida ésta en sentido lógico estricto como relación de inclusión entre los tipos penales, constituyendo el primero la especie y el segundo el género¹⁵⁰¹. Esta relación de especialidad no da lugar, sin embargo, a un tipo societario sólo formalmente autónomo o independiente¹⁵⁰². Efectivamente, el tipo contenido en el artículo 292 es, con respecto a los delitos comunes de falsedades documentales, autónomo tanto en

¹⁵⁰⁰KAISER: La lucha contra la criminalidad económica. cit. pág.208. En el mismo sentido, con referencia al precepto italiano de falsas informaciones sociales, contenido en el artículo 2621 C.c., cfr. MANTOVANI: Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa. cit. pág.18.

¹⁵⁰¹Como señala JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. pág.672, "existe relación de especialidad cuando un precepto penal contiene todos los elementos de otro y sólo se diferencia del mismo en ofrecer, al menos, un elemento adicional que capte el supuesto fáctico desde una especial perspectiva... En la especialidad concurre la lógica relación de dependencia de la subordinación, porque cada acción que llena el tipo del delito especial realiza a la vez, necesariamente, el tipo del general, mientras que no sucede lo contrario". En el mismo sentido, vid. entre otros CUELLO CONTRERAS: La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal (II). cit. pág.458; SANZ MORAN: El concurso de delitos. cit. págs.122 y siguiente.

¹⁵⁰²Vid. las definiciones que de "tipo autónomo", "tipo no autónomo", "tipo dependiente" y "tipo independiente" ofrecen COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. pág.338.

sentido formal como en sentido material¹⁵⁰³, puesto que no sólo se regula en un Título independiente sino que su bien jurídico es al menos parcialmente diferente (el delito societario se configura como un delito pluriofensivo de peligro para el patrimonio y de lesión para la funcionalidad del documento, mientras que el delito de falsedad protege en primera línea la veracidad en el tráfico jurídico-económico, y sólo mediata o secundariamente el patrimonio, que no es bien jurídico en sentido estricto), y su tipo de injusto se caracteriza, ante todo, por la presencia de un elemento subjetivo del injusto¹⁵⁰⁴ que lo convierte en un delito de resultado cortado, a lo que se añade la especialidad de su objeto material, reducible a los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad mercantil, y la condición de delito especial que asume al restringir la cualidad de sujeto activo a los administradores de hecho o de derecho de la sociedad mercantil.

El tratamiento autónomo o independiente del delito societario de falsedad que propone el PCP de 1994 sólo es justificable si tiene como finalidad agravar notablemente la pena frente a la prevista genéricamente para las falsedades documentales. La agravación puede fundamentarse, en primer lugar, en los intereses que subyacen en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles y en la importancia de éstas en el tráfico jurídico-económico actual. En segundo lugar, en la especial protección que merecen los

¹⁵⁰³El problema de la naturaleza jurídica que tienen los diversos delitos de falsedades tiene una gran trascendencia teórica, pero también práctica. Pensemos en las distintas soluciones que corresponde dar a los problemas de error sobre las circunstancias agravantes, de participación, de concurso, etc., según se entienda que el delito societario de falsedad es un tipo independiente, que goza de sustantividad por sí mismo, o bien es un tipo agravado del delito común de falsedad en documento mercantil.

¹⁵⁰⁴Vid. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: Los delitos societarios en la reforma penal. cit. pág.157.

documentos mercantiles que menciona el tipo societario, en tanto en cuanto son aquéllos que el Ordenamiento prevé para dar a conocer la situación jurídica o económica de la entidad societaria¹⁵⁰⁵. En tercer lugar, en la condición de delito especial del precepto societario, puesto que la cualidad de administradores de los sujetos activos del delito societario justifica una agravación de la pena. Y en cuarto y último lugar, como hemos visto, el delito societario exige que la conducta de falsear se realice "para causar un perjuicio a la misma (a la sociedad mercantil), a alguno de sus socios, o a un tercero"¹⁵⁰⁶. La dirección adoptada por la voluntad del autor dota a la acción de una impronta particular de mayor peligrosidad para los bienes jurídicos penalmente protegidos, lo que debería tenerse en cuenta también a la hora de elevar las sanciones del delito societario frente al delito básico de falsedad documental¹⁵⁰⁷. La citada expresión debe entenderse en el sentido de que en todo caso, y como requisito para apreciar la consumación¹⁵⁰⁸, el administrador que falsifica ha de tener intención de ocasionar el perjuicio, siendo irrelevante para la consumación del delito societario de

¹⁵⁰⁵Cfr. TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.86.

¹⁵⁰⁶Se trata de un elemento subjetivo del injusto cuya introducción en el artículo correspondiente del PCP de 1992 fue criticada durante la tramitación parlamentaria, por entenderse que las falsedades dolosas encierran todos los requisitos para ser punibles sin necesidad de ulteriores finalidades. Cfr. enmienda núm.763 del Grupo parlamentario IU-IC.

¹⁵⁰⁷En este mismo sentido, vid. TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.86.

¹⁵⁰⁸Señala CASAS BARQUERO: **Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades**. cit. pág.1069, que para la consumación se ha de considerar preciso, "junto a la efectiva realización de la falsificación, el ánimo típico de causar un perjuicio a otro", consideración trasladable al delito societario que nos ocupa. Crítico con respecto al ánimo de perjudicar en el artículo 292 del PCP de 1994, vid. TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.86.

falsedad que se llegue a producir o no¹⁵⁰⁹. Ahora bien, si se causara un perjuicio económico, entendido como "lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito"¹⁵¹⁰, podría apreciarse en su caso un delito consumado de estafa, por supuesto únicamente si concurren todos los demás requisitos típicos del mismo¹⁵¹¹. Y ello puesto que la falsedad en los documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad mercantil constituirá generalmente engaño idóneo a efectos del delito de estafa¹⁵¹², siempre que genere un error en el sujeto pasivo, que a su vez sea causa de una disposición patrimonial realizada por el propio sujeto pasivo que ocasione un perjuicio patrimonial a él o a otros.

¹⁵⁰⁹Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. cit. pág.187. Curiosamente, algún autor ha entendido que la inclusión de esta expresión en el tipo supone que la conducta será impune si no se causa ese perjuicio, perfeccionándose el delito aún en los supuestos de pérdidas de escasa entidad. Cfr. SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas. cit. marginal 396. Sobre la interpretación de la cláusula "con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo" en el delito de falsedad en documento privado del artículo 306 del actual Código penal, vid., entre otros, ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.253.

¹⁵¹⁰VALLE MUÑIZ: El delito de estafa. cit. pág.226. Señala SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas. cit. pág.396, que "resulta difícil que una falsedad de este tipo no cause perjuicio".

¹⁵¹¹Así, vid. la crítica de TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. pág.856, a la regulación ofrecida por el artículo 294. 1 de la PANCP de 1983, que exigía la causación del perjuicio para la consumación del delito, donde señala que "la consecuencia a que se llega es a la superposición de las estafas, lo que hace mirar con escepticismo la utilidad de este artículo".

¹⁵¹²De acuerdo con VALLE MUÑIZ: El delito de estafa. cit. págs.163 y siguientes, la delimitación del engaño típico debe hacerse en sede de imputación objetiva. Siguiendo esta orientación, afirma que "sólo al engaño que cree un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo". Ampliamente, vid. supra.

Paradójicamente, sin embargo, y de forma harto criticable, el delito societario de falsedad recogido en el artículo 292 señala prácticamente la misma pena que el delito genérico de falsedad documental contenido en el artículo 369 del PCP¹⁵¹³. Ante este panorama, se hace difícil comprender los criterios valorativos y político-criminales seguidos por el pre-legislador en el tema que nos ocupa. Hubiera sido preferible, para evitar esta discordancia valorativa, y si se hubiese estimado político-criminalmente correcto, como creemos que es, que se aumentara la penalidad prevista para el delito societario del artículo 292. Sólo de esta forma se justificaría la aparición de una figura societaria autónoma de falsas comunicaciones sociales.

Por otra parte, la ausencia de las notas características que distinguen el delito societario del delito común de falsedad documental¹⁵¹⁴, como la comisión del delito por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil o el objeto material consistente en documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, pondrá en funcionamiento el delito común de falsedad documental. También entrará en juego este delito cuando no sea posible apreciar la intención de causar un perjuicio a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero, puesto que no

¹⁵¹³En efecto, la comisión del delito societario cometido por los "administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil" es sancionada con una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, mientras que la del delito de falsedad documental cometido por "los particulares" (artículo 369) se sanciona con las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses.

¹⁵¹⁴La "vuelta a la vida" del precepto desplazado en el concurso de leyes cuando la ley preferente deja de serlo a causa de algún obstáculo de orden material o procesal constituye una concepción frecuentemente defendida tanto en la doctrina alemana como española. Vid. por todos BAUMANN/ WEBER: *Strafrecht*. AT. 1985, cit. pág. 665; MAURACH/ GÖSSEL: *AT. II. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. 1978, cit. 55/23; MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág. 737.

es posible aplicar el delito societario "cuando no se persiga causar ese daño, o lo que se pretenda sea precisamente todo lo contrario: beneficiar a la empresa, sus socios o tercero, entre ellos el propio administrador"¹⁵¹⁵. Asimismo se aplicará el delito común de falsedad en documento mercantil en el supuesto de no cumplimiento de la condición de perseguibilidad, esto es, cuando no se interponga la preceptiva querella¹⁵¹⁶.

La regulación de las falsedades en el PCP de 1992 no daba lugar a una interpretación más favorable a la tipificación expresa de un delito societario de falsedad documental. La amplia definición que el artículo 376 del PCP de aquel año ofrecía de la noción de documento en el número segundo de su apartado segundo¹⁵¹⁷ permitía incluir sin más dentro de su ámbito todos los que el artículo 299 regulaba. Ahora bien, se podía sostener que los documentos mencionados en el tipo societario, de forma semejante a lo que sucede con el tipo correspondiente del PCP de 1994, constituían únicamente una especie muy concreta de los documentos mercantiles definidos en el artículo 376. Dentro del amplio género de los documentos "emitidos o usados en las relaciones comerciales, industriales o económicas, o en la actividad de las sociedades o cualquier

¹⁵¹⁵SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas. cit. pág.396.

¹⁵¹⁶Apoyándose en JESCHECK, señala CUELLO CONTRERAS: La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal (II). cit. pág.470, que si el tipo predominante no puede aplicarse porque, por ejemplo, "se trate de un delito perseguible a instancia de parte y la víctima no quiere hacer uso de la facultad que la ley le otorga, no habrá inconveniente en castigar al autor en base al tipo excluido". Vid. también, brevemente, SANZ MORAN: El concurso de delitos. cit. pág.191.

¹⁵¹⁷Artículo 376 del PCP de 1992: "2. Se incluyen especialmente en el concepto de documento, sin perjuicio de otros:

... 2º Los documentos de la Administración o de los particulares emitidos o usados en las relaciones comerciales, industriales o económicas, o en la actividad de las sociedades o cualquier otra persona jurídica".

otra persona jurídica", el tipo societario sancionaba estricta y específicamente las falsedades cometidas en aquéllos que **deben** reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, que serían, como ya hemos tenido ocasión de ver, aquéllos respecto de los cuales el Ordenamiento jurídico prevé, por disposiciones legales o reglamentarias, que den a conocer la situación jurídica o económica de la entidad societaria. No era posible, sin embargo, realizar una labor interpretativa semejante con otros elementos típicos. Así, la definición de la conducta típica en el delito societario, "falsear", se ofrecía en el artículo 377¹⁵¹⁸. Por otro lado, los administradores de hecho o de derecho de sociedades mercantiles constituían una especie del género previsto en el artículo 378. 3, administradores o miembros de un órgano de gobierno de una persona jurídica, en el que estaban incluidos sin duda alguna, y para los que además se preveía expresamente una agravación de la pena por su condición de tales.

Esta superposición con respecto a diversos elementos típicos obligaba a concluir que el delito societario de falsas comunicaciones sociales y el delito de falsedad documental se hallaban en relación de especialidad, de forma más obvia incluso que en el PCP de 1994.

El tratamiento autónomo o independiente del delito societario de falsedad que proponía el PCP de 1992 sólo era justificable, como sucede en el Proyecto de 1994 y por idénticas razones, si tuviera como finalidad agravar notablemente la pena frente a la prevista genéricamente para las falsedades documentales cometidas por los administradores

¹⁵¹⁸Artículo 377: "Es falsificación de documento, además de la simulación total o parcial del mismo o de la realidad jurídica que refleja, toda actuación o intervención material o intelectual que, incidiendo en su contenido, sentido o integridad, intencionadamente configure una situación jurídica que no se corresponda con la realidad, o altere su relevancia o eficacia, o lo atribuya a persona u órgano que no hayan intervenido en su creación, contenido o firma".

o miembros de un órgano de gobierno de una persona jurídica. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la cualidad especial del sujeto activo ya daba lugar a una agravación de la pena para la categoría más amplia constituida por los administradores o miembros de un órgano de gobierno de una persona jurídica. ¿Bastaban entonces la presencia de un elemento subjetivo del injusto y la especialidad del objeto material para justificar una pena más grave?. El pre-legislador entendió en su momento que no: el delito societario de falsedad recogido en el artículo 299 señalaba prácticamente la misma pena que el delito genérico de falsedad documental contenido en el artículo 378 del PCP de 1992¹⁵¹⁹.

En fin, son reproducibles aquí las consideraciones efectuadas al analizar la relación entre el delito de falsas informaciones sociales y el delito de falsedad en documento mercantil en el PCP de 1994.

Con respecto a la relación de los delitos societarios de falsedades y la estafa, las consecuencias disfuncionales a que podría conducir la superposición, en su caso¹⁵²⁰, se

¹⁵¹⁹El delito societario cometido por los "administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad mercantil" prevé una pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años, mientras que el delito de falsedad documental cometido por "los administradores o miembros de un órgano de gobierno de una persona jurídica" (artículo 378. 3), por remisión al número 2 del mismo artículo, se sanciona con las penas de uno a tres años de prisión y multa de seis a doce meses, a las que se añade en el párrafo tercero, presumiblemente en consideración a la especial cualidad requerida en los sujetos activos, la pena de inhabilitación especial para comercio o industria por tiempo de dos a cuatro años.

¹⁵²⁰La sanción prevista por el artículo 253 para la figura básica de estafa es una pena de prisión de seis meses a cuatro años. Teniendo en cuenta que el artículo 299 prevé, como hemos visto, una pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria por tiempo de dos a cinco años, por la comisión del delito societario de falsedad, sin exigir la efectiva causación de un perjuicio, resulta que la efectividad

superarían en gran medida con un precepto como el previsto en el artículo 379 del PCP de 1992. En dicho artículo¹⁵²¹ se regulaba expresamente la resolución de los concursos que se podían producir entre las falsedades documentales y los delitos patrimoniales o económicos. Según la Exposición de Motivos, ello respondía al deseo de evitar la inseguridad jurídica producida por el hecho de que los Tribunales aprecian en ocasiones un concurso de delitos entre la falsedad y el delito patrimonial¹⁵²², mientras que en otras optan por el concurso

del perjuicio implicaría en este supuesto concreto una atenuación de las penas. Y ello aunque la pena privativa de libertad prevista en el artículo 299 tenga un límite superior más bajo (tres años en lugar de cuatro), puesto que se debe tener en cuenta también que su límite inferior es más alto (un año en lugar de seis meses), a lo que se añaden una pena pecuniaria y la inhabilitación especial. Puede producirse de esta forma una nueva discordancia valorativa, ya que la efectiva causación de un perjuicio sería más levemente penada que la actuación falsaria con ánimo de causarlo. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el tipo de estafa está pensado para adaptarse a una multiplicidad de hipótesis, mientras que el tipo del artículo 299 encierra una falsedad, con un desvalor diferente, y que se proyecta en un sector específico de la actividad económica, por lo cual quizá la comparación sobre la base de la presencia o ausencia del efectivo perjuicio no sea, en esencia, válida, o la única posible.

¹⁵²¹Artículo 379 del PCP de 1992: "Cuando el documento falso haya sido el instrumento utilizado para la comisión de un delito patrimonial o económico, se impondrá la pena correspondiente a este último en su mitad superior, salvo que la pena imponible a la falsedad cometida fuese de mayor gravedad, en cuyo caso será esta última la que vendrá impuesta en su mitad superior.

Esta regla no será de aplicación a las falsedades cometidas por los funcionarios públicos en los casos a que se refiere el artículo 378. 1".

¹⁵²²Como señala LOPEZ BARJA DE QUIROGA: **Derecho Penal. Parte Especial.** cit. pág.269, "la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que cuando se trata de falsedad en documento público, oficial, letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, concurre con el delito patrimonial, generalmente la estafa, en concurso ideal [realmente medial que, en definitiva, se trata de un concurso real] que debe ser resuelto, por tanto, mediante la aplicación del art.71 del Código Penal".

de leyes¹⁵²³. "Para evitarlo se introduce una regla que, integrando ambos preceptos garantice en todos caso una única pena, pero agravada ya sobre la de falsedad, ya sobre la del delito patrimonial o económico cometido, según cual sea la más grave infracción concurrente"¹⁵²⁴. Efectivamente, la decisión a favor del concurso de leyes o del concurso de delitos dependerá de que se hayan lesionado o no distintos bienes jurídicos, y de que el desvalor de una de las infracciones aprehenda o no todo el desvalor de los hechos concurrentes¹⁵²⁵. Teniendo en cuenta que los delitos societarios que nos ocupan se configuran tanto en el PCP de 1994 como en el de 1992 como delitos de peligro para el patrimonio, y que la efectiva causación de un perjuicio económico puede dar lugar a la apreciación de un delito patrimonial o económico de lesión, un sector de la doctrina concibe estos supuestos como concurso de leyes entre el comportamiento típico de peligro y el de lesión, por lo que se castigaría únicamente el delito de lesión en virtud del principio de subsidiariedad¹⁵²⁶.

¹⁵²³Sobre las vacilaciones de la jurisprudencia en torno al concurso entre falsedades en documento privado y estafa, vid., por todos, QUINTANO RIPOLLES: **Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal**. II. cit. págs.680 y siguientes; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.284.

Cuando la falsedad se comete en documento privado, como el artículo 306 del actual Código penal ya exige en la descripción típica el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, el Tribunal Supremo entiende que se trata de un concurso de leyes que debe ser resuelto aplicando, conforme señala el artículo 68, el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido. Cfr: LOPEZ BARJA DE QUIROGA: **Derecho Penal. Parte Especial**. cit. pág.269.

En sentido crítico, vid. VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.926 y siguiente.

¹⁵²⁴Exposición de Motivos del PCP de 1992.

¹⁵²⁵Cfr. MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. págs.730 y 736.

¹⁵²⁶Cfr. SANZ MORAN: **El concurso de delitos**. cit. pág.124. Aludiendo específicamente a la relación entre los delitos societarios de peligro y los delitos patrimoniales de lesión,

Esta regulación expresa del concurso medial entre falsedades documentales y delitos patrimoniales y económicos desaparece en el texto de 1994.

La única explicación que justifica la presencia constante del tipo societario de falsedad en los diferentes textos pre-legislativos españoles se relaciona con la función simbólica del Derecho penal. Esto es, se ha observado la inaplicación sistemática de los preceptos penales cuando las conductas delictivas, entre ellas las falsedades, tienen lugar en el seno de sociedades mercantiles, remitiendo todo el problema a la jurisdicción civil. Ante dicha situación, la aparición de un específico tipo societario pretende resaltar la necesidad de someter al Derecho penal también este ámbito de la delincuencia.

Como ya hemos tenido ocasión de afirmar, tanto la expresión "cometer falsedad" como el verbo "falsear" tienen unas connotaciones subjetivas que sólo permiten la incriminación de la falsedad a título de dolo¹⁵²⁷. "Falsear" proviene del latín "fallere", que significaba engañar, conducta

vid. MUÑOZ CONDE: **La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP**. cit. pág.119 en nota, quien señala que "la especial relación existente entre los delitos de riesgo y los delitos de lesión no siempre permite el concurso de delitos entre ellos, sino el de leyes, con lo que, en definitiva, el único delito aplicable sería el patrimonial lesivo". A la misma conclusión llega DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: **Los delitos societarios en la reforma penal proyectada**. cit. págs.15 y siguiente, al estimar un concurso aparente de leyes que se resolvería con arreglo al criterio de alternatividad, lo que "acarreará, una vez más, que, en buena técnica penal, se apliquen las penas de algunos delitos patrimoniales y por tanto estos tipos de delitos societarios queden en letra muerta...", salvo que se entienda que estamos ante un supuesto de especialidad.

¹⁵²⁷Vid. en este sentido, GONZALEZ CUSSAC: **Falsedad documental e imprudencia**. cit. pág.343; MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. págs.550 y siguiente; ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.244; VARGAS CABRERA en BENEYTEZ MERINO y otros: **Las falsedades documentales**. cit. pág.269.

que de por sí conlleva un contenido subjetivo contrapuesto a la culpa¹⁵²⁸.

No se especifican las modalidades de acción, para cuya determinación se ha de acudir a la regulación general de los delitos de falsedades documentales, contenida en el artículo 367. 1 del Proyecto¹⁵²⁹.

El objeto material del delito está constituido por "las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad". Después de las puntualizaciones que ya hemos efectuado en este mismo apartado, no queda sino señalar que la disyuntiva legal tiene como única función resaltar que los otros documentos que se entiendan incluidos en el ámbito de protección del tipo han de tener una entidad semejante a la de las cuentas anuales. Discrepamos de quienes afirman que en realidad sobra con la referencia a las cuentas anuales¹⁵³⁰, puesto que, como ha sido demostrado, otros muchos documentos tienen también como función mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

¹⁵²⁸Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.349; ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. págs.244 y siguiente.

¹⁵²⁹Artículo 367: "1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años y multa de seis a veinticuatro meses la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones cometiere falsedad:

1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2º Simulando un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4º Faltando a la verdad en la narración de los hechos".

¹⁵³⁰Cfr. por ejemplo MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: **Los delitos societarios en el PLOCP**. cit. 186. 3.

En relación al **aspecto subjetivo**, la conciencia y voluntad de alterar la verdad en un documento han de ir unidas siempre a una especial intención de causar un perjuicio económico a la sociedad, a los socios o a terceros. La exigencia típica de este elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente¹⁵³¹ permite afirmar la impunidad en relación al delito societario de aquellos casos en los que el administrador realiza la falsedad con el convencimiento de que su conducta no puede ocasionar ningún perjuicio¹⁵³², o cuando aduce haber realizado la falsedad en favor de la sociedad mercantil pero sin querer perjudicar a nadie¹⁵³³.

Con la tipificación de este elemento subjetivo del injusto no se ha hecho otra cosa que consagrar la tendencia jurisprudencial que ha venido exigiendo, en determinadas ocasiones, un especial ánimo dañino en la comisión de cualquier falsedad¹⁵³⁴, y no sólo en el ámbito de las falsedades en documento privado que ya requieren un especial ánimo tendente a la causación de un perjuicio¹⁵³⁵. El designio de perjudicar

¹⁵³¹En la doctrina se ha discutido si ese perjuicio que puede mover al sujeto a cometer la falsedad documental es un elemento subjetivo del injusto o bien es meramente el móvil que incita a ejecutarlo, no formando como tal parte de la estructura típica del delito, por lo cual su ausencia sería indiferente para la punición del hecho. Vid. sobre esta discusión GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.359.

¹⁵³²Vid. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.357; MANTOVANI: **Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa**. cit. págs.17 y siguientes.

¹⁵³³Cfr. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: **Los delitos societarios en la reforma penal**. cit. pág.158; KAISER: **La lucha contra la criminalidad económica**. cit. pág.208.

¹⁵³⁴Vid. SSTS 30 abril 1981 (Ar. 1687), 20 diciembre 1982 (Ar. 7747), 24 noviembre 1983 (Ar. 5688), 23 diciembre 1985 (Ar. 6460), 16 marzo 1989 (Ar. 2670). En la doctrina, por todos, FERRER SAMA: **Comentarios al Código penal**. III. 1948, cit. pág.335.

¹⁵³⁵Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.358.

a la sociedad, a los socios o a terceros, perjuicio que ha de ser de índole económica por expresa exigencia legal, supone un plus de dificultad a la hora de probar la concurrencia del elemento subjetivo¹⁵³⁶.

Con ello el legislador renuncia a configurar el delito de falsas informaciones sociales como un delito de aptitud. El peligro para el patrimonio se traslada al ámbito subjetivo, donde se convierte en un ánimo de perjudicar que ha de concurrir en el sujeto activo. De esta forma, los problemas de prueba que plantean los delitos de aptitud, en los que, como sabemos, el juez ha de comprobar que la acción era idónea para lesionar o poner en peligro el bien jurídico, se sustituyen por los problemas de prueba de un elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente. El perjuicio se traslada del ámbito objetivo al subjetivo.

El dolo, en el delito que nos ocupa, debe abarcar todas las características del tipo objetivo. La conducta falsaria, para ser objeto de sanción penal, debe haber sido realizada por el autor con el conocimiento y la voluntad de los elementos que conforman el tipo objetivo del delito¹⁵³⁷. De esta manera, el

¹⁵³⁶Cfr. DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: **Los delitos societarios en la reforma penal**. cit. págs.157 y siguiente; TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.86. Y, como señala la enmienda núm.770, presentada por el Grupo Federal IU-IC, que solicita la supresión de dicho inciso, "las falsedades dolosas encierran todos los requisitos para ser punibles, sin necesidad de ulteriores finalidades. Si se exigen en este caso, se privilegia esta falsedad documental respecto de las genéricas". Ya hemos visto que en el Derecho comparado no se exige ningún elemento subjetivo del injusto en el tipo societario de falsas comunicaciones sociales.

¹⁵³⁷Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.369. En torno al parágrafo 264 a StGB, cfr. por todos DREHER/TRÖNDLE: **StGB und Nebengesetze**. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.15 (pág.1336); LACKNER: **StGB mit Erläuterungen**. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.15 (pág.1112); al parágrafo 331 HGB, SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: **GmbH-Gesetz**. 15. Aufl. 1988, cit. Ahn § 82, Rn.13 (pág.1277); al parágrafo 82 GmbHG, SCHOLZ/TIEDEMANN: **Komm. zum GmbH-Gesetz**. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 82,

dolo ha de incluir la falsedad de las informaciones, lo que presupone que el autor conozca su deber de documentar verazmente¹⁵³⁸.

En este ámbito adquiere una especial significación el error sobre el objeto material de la acción, que puede revestir fundamentalmente dos modalidades: en el primer supuesto, el sujeto activo cree que el objeto sobre el que realiza la acción falsaria no es un documento que pueda incluirse en las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad; en el segundo, cree que sí se trata de un documento perteneciente a las categorías típicas, pero en realidad no es así. En este último caso, el sujeto actúa sobre un objeto material inidóneo con error inverso, de forma que no ha lugar a exigir responsabilidad penal con base en el delito societario de falsedad. Sí podría existir un delito de falsedad común. Cuando por el contrario el sujeto actúa sobre un documento perteneciente a las categorías típicas, bajo la consideración errónea de que su acción se desarrolla sobre un objeto que carece de esta consideración, habría que admitir un error de tipo sobre un elemento normativo que excluiría la responsabilidad penal en caso de ser invencible, y atenuaría la pena en caso de ser vencible¹⁵³⁹.

Un problema que se conecta directamente con la determinación del contenido del dolo falsario es el de la admisión del dolo eventual en el delito societario de falsedad

Rn.168 y siguientes (págs.3547 y siguiente). Con respecto al artículo 2621 C.c. italiano, vid. por todos MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. págs.17 y siguientes.

¹⁵³⁸Cfr. SCHOLZ/ TIEDEMANN: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. 8. Aufl. 1995, cit. § 82, Rn.174, con ulteriores indicaciones bibliográficas; TIEDEMANN: *GmbH-Strafrecht*. cit. pág.12.

¹⁵³⁹Vid. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. págs.370 y siguiente.

documental¹⁵⁴⁰. La exigencia de la voluntad de perjudicar denota en el sujeto activo una actitud dirigida a la producción del resultado de lesión o peligro para el bien jurídico penalmente protegido, en la que raramente podrá entenderse que falta la previsión del resultado y la voluntad tendente a conseguirlo¹⁵⁴¹. Y es que si el administrador quiere el perjuicio actúa con dolo directo, ya sea de primer grado (cuando falsifica los documentos mencionados por el tipo para el fin propio de engaño) ya sea de segundo grado (cuando ello es consecuencia unida a su conducta)¹⁵⁴².

¹⁵⁴⁰En Alemania, la doctrina mayoritaria considera suficiente el dolo eventual en relación al parágrafo 264 a StGB. Vid. por todos CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 264 a, Rn.36 (pág.1948); DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.15 (pág.1336); JOECKS: *Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG*. cit. pág.147; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 264 a, Rn.15 (pág.1112). En cuanto al parágrafo 331 HGB, vid. SCHULZE-OSTERLOH en BAUMBACH/ HUECK: *GmbH-Gesetz*. 15. Aufl. 1988, cit. Ahn § 82, Rn.13 (pág.1276). Con respecto al parágrafo 82 GmbHG, LUTTER/ HOMMELHOFF: *GmbH-Gesetz Komm.* 14. Aufl. 1995, cit. § 82, Rn.7 (pág.863); y SCHOLZ/ TIEDEMANN: *Komm. zum GmbH-Gesetz*. II. 8. Aufl. 1995, cit. § 82, Rn.169 (pág.3547). También en Italia se considera suficiente el dolo eventual en el delito de falsas comunicaciones sociales del artículo 2621 C.c. Cfr. por todos MANTOVANI: *Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa*. cit. pág.18.

¹⁵⁴¹Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.366. A favor de la admisión del dolo eventual en el delito de falsedad en documento privado, vid. por todos CORDOBA RODA: *Comentarios al Código penal*. III. cit. pág.943; y SOTO NIETO en BENEYTEZ MERINO y otros: *Las falsedades documentales*. cit. pág.181.

¹⁵⁴²Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.367. En este sentido se manifiesta además la doctrina alemana con respecto al delito común de falsedad documental previsto en el parágrafo 267 StGB, que exige en el autor un elemento subjetivo del injusto consistente en el "propósito de provocar un engaño en el tráfico jurídico". Vid. por todos DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 267, Rn.30 (pág.1381); SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 267, Rn.86; WESSELS: *Strafrecht*. BT. I. 1992, cit. pág.175; CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 267, Rn.91 (pág.2028).

Las falsedades imprudentes son impunes tanto en general como en el ámbito societario. En la ardua discusión doctrinal sobre esta materia, el PCP de 1994 ha tomado partido por la postura más tradicional y benévola, que reputa la culpa como insuficiente para configurar el aspecto subjetivo de las falsedades documentales¹⁵⁴³. Igualmente se ha descartado una línea jurisprudencial que, poco a poco, había ido formulando excepciones a una postura general contraria a la admisión de las falsedades imprudentes¹⁵⁴⁴. Tal opción ha sido criticada por quienes entienden que se hace gala de una benevolencia poco justificable frente a sujetos sobre los cuales gravan especiales deberes de veracidad y cuidado, razón por la que no debieran beneficiarse de la impunidad otorgada a graves negligencias. Para evitarlo, se dice, no cabe sino hacer un uso razonablemente amplio del dolo eventual¹⁵⁴⁵. Considero, sin embargo, que la solución sustentada por el PCP de 1994 es la que mejor se ajusta a la formulación típica de los delitos falsarios en general.

La consumación del delito se produce desde el momento del falseamiento con la finalidad de causar un perjuicio económico. No es necesario ni que se produzca un efectivo engaño de las

¹⁵⁴³Vid. también MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.187. Esta es además la opción seguida en el Derecho comparado.

¹⁵⁴⁴Cfr. SSTS 28 mayo 1982 (Ar. 2732) y 26 diciembre 1984 (Ar. 6644). Con el Código penal actual, la jurisprudencia admite habitualmente la comisión imprudente del delito de falsedad documental. Vid. el repertorio de sentencias ofrecido por ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.243.

¹⁵⁴⁵Cfr. BELLO LANDROVE: Las falsedades documentales en el Anteproyecto de Código Penal de 1992. cit. pág.14. Vid. no obstante la situación italiana, donde la doctrina denuncia un uso jurisprudencial en exceso extensivo del concepto de dolo eventual en las falsas informaciones sociales. Cfr. MANTOVANI: Sul diritto penale della informazione societaria e dell'impresa. cit. pág.18.

víctimas¹⁵⁴⁶, ni que el perjuicio llegue a tener lugar; si se produce, afectará al agotamiento del delito y no a su consumación¹⁵⁴⁷. Para la consumación del delito del artículo 292 el perjuicio querido por el autor ha de ser económico, puesto que el tipo especifica su naturaleza. En relación con el delito de falsedad en documentos privados, la jurisprudencia ha declarado en reiteradas ocasiones que se cumple el requisito con la intención de causar un perjuicio tanto de orden moral o espiritual, como patrimonial, o que afecten al prestigio, crédito profesional u honorabilidad de aquellos a quienes se reputa perjudicados¹⁵⁴⁸. Tales consideraciones no se pueden hacer extensivas al delito societario, que se configura así de forma más restrictiva.

9. 3. LOS DELITOS DE ABUSO DE POSICION MAYORITARIA.

9. 3. 1. EL DELITO DE ABUSO DE POSICION MAYORITARIA OBTENIDA POR MEDIOS LICITOS.

En los textos pre-legislativos de Código penal anteriores a 1994 se ha tipificado también el apoyo prestado por los administradores o quienes ostentan una posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la sociedad mercantil a la adopción de acuerdos contrarios al interés social que causaren un grave

¹⁵⁴⁶Lo mismo señala la doctrina alemana con relación al parágrafo 82 GmbH-G. Cfr. por todos TIEDEMANN: GmbH-Strafrecht. cit. pág.3.

¹⁵⁴⁷Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.187; SOTO NIETO en BENEYTEZ MERINO y otros: Las falsedades documentales. cit. pág.180.

¹⁵⁴⁸SSTS 24 mayo 1983 (Ar. 2773) y 28 diciembre 1984 (Ar. 6665), entre otras.

perjuicio económico a la propia entidad¹⁵⁴⁹. Esta conducta, no obstante sus extensos antecedentes, ha desaparecido en tales términos de la redacción del Anteproyecto de 1994 y del PCP del mismo año, adoptando una decisión político-criminal que compartimos. El tipo se configuraba de forma harto imprecisa, pues no era fácil concretar el significado que se debía dar a la emisión de un voto que da lugar a un "acuerdo contrario al interés social"¹⁵⁵⁰. También adolecía de imprecisión la expresión "causar un grave perjuicio económico" a la compañía¹⁵⁵¹.

En su lugar, el artículo 293 del PCP de 1994 tipifica la conducta de quienes, prevaleciéndose de su situación mayoritaria en una compañía, imponen acuerdos abusivos con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios y sin que reporte beneficios a la misma.

Los acuerdos abusivos impuestos prevaleciéndose de una situación mayoritaria lícita, aunque estén revestidos de ordinario con ropaje legal¹⁵⁵², pueden entrañar un grave peligro para la sociedad y los demás socios. El pre-legislador

¹⁵⁴⁹Así, vid. el artículo 301 del PCP de 1992. Con anterioridad, el artículo 296 de la PANCP sancionaba el prevalimiento de posición mayoritaria y la adopción de acuerdos por una mayoría ficticia, "contrarios al interés u objetivo social y en perjuicio de los restantes socios", que fueran ejecutados. Todos estos requisitos, reproducidos en el artículo 295. 2 del ACP de 1992, equivalían a la impunidad. Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.87.

¹⁵⁵⁰Sobre la dificultad de delimitar la noción de "acuerdos lesivos para los intereses de la sociedad", vid. ampliamente LOPEZ DE MEDRANO: *La separación de los administradores de la sociedad anónima*. cit. págs.249 y siguientes; y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: *Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas*. cit. págs.39 y siguientes.

¹⁵⁵¹En este sentido, vid. SERRANO GOMEZ: *Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas*. cit. marginal 398.

¹⁵⁵²Cfr. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA: *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*. cit. pág.40.

ha optado por la intervención del Derecho penal cuando la mayoría, que debe ser intérprete del interés social como interés superior común a todos los socios, toma un acuerdo que pospone los intereses de la sociedad a su propio interés egoísta, con el fin de lucrarse además en perjuicio del resto de los socios¹⁵⁵³.

El sujeto activo, que en una primera lectura parece indiferenciado, al mencionar el tipo a "los que... impusieren acuerdos abusivos", es en realidad un sujeto activo especial que da origen a un delito especial en sentido estricto. En efecto, únicamente pueden ser sujetos activos de este delito los socios¹⁵⁵⁴, y ello por dos razones. En primer lugar, el sujeto activo ha de prevalerse de su situación mayoritaria en una compañía; una tal situación sólo se alcanza en Derecho mercantil adquiriendo la condición de socio. En segundo lugar, el tipo exige en el sujeto activo la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios, dando a entender así que también el sujeto activo reúne dicha condición.

Aunque sólo pueden ser sujetos activos los socios, como

¹⁵⁵³Vid. las consideraciones efectuadas *supra*, acerca de la no necesidad de criminalización en este ámbito. En el mismo sentido, el Grupo Parlamentario Vasco ha presentado al artículo 293 una enmienda de supresión, la núm.74, justificándola en que "para estos casos bastan las acciones de impugnación de acuerdos sociales. Introducir un tipo penal del tenor que se pretende es fomentar las <<querellas societarias>> entre socios mal avenidos, con fines espúreos al proceso penal". Coincido plenamente con estas observaciones.

¹⁵⁵⁴Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.88. Ya los antecedentes del precepto en el PCP de 1980 y en la PANCP mencionaban como sujetos activos a los socios. Con respecto al PCP de 1992, cuyo artículo 301. 1 sancionaba a "los que... en su condición de administrador de una sociedad mercantil, o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma", algún autor llegaba a entender que se incluía también a los socios "a la vista de lo establecido en el artículo 301. 2, por su amplitud, y estimando además que la Junta General es órgano soberano de la compañía mercantil". MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: *Los delitos societarios en el PLOCP*. cit. pág.190.

hemos visto, ello no impide que también puedan serlo los administradores que reúnan a su vez la condición de socios, supuesto harto frecuente en la práctica.

Es preciso que los sujetos activos gocen de una posición mayoritaria en la sociedad. En las juntas de las sociedades capitalistas se decide o acuerda por mayoría de capital¹⁵⁵⁵, entendiéndose que las decisiones así adoptadas expresan la voluntad social, mientras que en las personalistas predomina el principio de mayoría de personas, que inspira su funcionamiento. De ordinario decide la mayoría absoluta, pero no hay inconveniente en admitir que los estatutos exijan mayorías reforzadas para tomar determinados acuerdos. La propia LSA prevé mayorías reforzadas en la toma de acuerdos que considera de mayor importancia. Toda la normativa pretende la protección de los accionistas minoritarios, noción de la que se excluyen los accionistas de control, que controlan la mayoría de voto de los órganos sociales, pero no los accionistas significativos, que carecen de control pero tienen un peso específico en la sociedad, estando normalmente representados en el consejo de administración. Y ello puesto que estos accionistas pueden mantener una posición de abierto enfrentamiento con el grupo de control, aunque suelen tener también un acceso más fácil a los mecanismos mercantiles de defensa.

Son sujetos pasivos los demás socios y eventualmente la propia sociedad mercantil. Fundamentalmente son los intereses patrimoniales de los socios no pertenecientes al grupo mayoritario o de control los que resultan puestos en peligro o lesionados, en su caso, por la conducta típica.

¹⁵⁵⁵Existen distintas clases de mayoría de capital o de personas presentes o representadas. Sobre las nociones de mayoría absoluta, mayoría reforzada, mayoría absoluta de los votos (o capital) presentes o representados, mayoría simple y mayoría relativa, vid. sintéticamente VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil**. I. 1º. 1991, cit. págs. 590 y siguiente.

Indudablemente no pueden ser sujetos pasivos de este delito los socios que contribuyen con su voto a la formación de la mayoría. Son los socios que no forman parte del grupo mayoritario o de control los principales sujetos pasivos de este delito. Es una nota característica del abuso de poder en el ámbito del Derecho privado que sólo afecte a los sujetos ligados entre sí por un vínculo jurídico que el Ordenamiento considera paritético, de forma que por su propia naturaleza la conducta no puede lesionar a terceros ajenos a dicho vínculo¹⁵⁵⁶.

El hecho de que el artículo 293 mencione a los "socios" puede provocar la duda de si es posible castigar la conducta cuando afecta a un solo socio. Consideramos preferible una respuesta afirmativa. La expresión plural utilizada en el artículo 293, sin embargo, permite negar la existencia de un concurso ideal de delitos cuando sean varios los socios perjudicados.

La exigencia típica conforme a la cual los acuerdos abusivos no han de reportar beneficios a la sociedad constituye una condición objetiva de punibilidad, sobre cuyo comentario nos extenderemos posteriormente. En este punto interesa únicamente señalar que con ella sólo quedan excluidos de la aplicación del delito societario aquellos acuerdos abusivos, impuestos por la mayoría prevaleciendo de su posición y con la intención de lucrarse en perjuicio de los demás socios, de los cuales se deriven beneficios para la sociedad. Quedan dentro del ámbito de aplicación del tipo, en consecuencia, todas aquellas conductas de imposición de acuerdos abusivos prevaleciendo de la posición mayoritaria de los cuales no se deriven beneficios para la sociedad, o que causen perjuicios a la misma. De esta forma, sólo cuando de la imposición de acuerdos abusivos prevaleciendo de la situación mayoritaria se

¹⁵⁵⁶Cfr. STORTONI: *L'abuso di potere nel diritto penale*. cit. pág. 44.

deriven perjuicios para la sociedad será ésta sujeto pasivo del delito.

En el caso de que un acuerdo abusivo haya lesionado los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas del grupo mayoritario o de control, se producirá la superposición del delito societario con una de las causas de impugnación de los acuerdos sociales (artículo 115. 1 LSA).

¿La "compañía" a la que hace referencia la descripción típica es la sociedad mercantil?. El artículo 293 es el único del Capítulo XV ~~que menciona a la compañía~~, en lugar de la sociedad mercantil. Esta aparente novedad tiene una explicación sencilla que deriva de la historia pre-legislativa del precepto. En efecto, el antecedente inmediato del artículo 293 del PCP de 1994 está constituido por el artículo 301. 1 del PCP de 1992, el cual hacía referencia tres veces dentro del mismo párrafo a la sociedad mercantil¹⁵⁵⁷. Con el fin de no repetir una y otra vez la misma expresión, la sustituía en una ocasión por "la misma" ("posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma") y en otra por "la compañía" ("que cause un grave perjuicio económico a la compañía"). En 1994 se simplificó la redacción, subsistiendo únicamente la referencia a la compañía.

Con respecto al PCP de 1992, la doctrina afirmaba que únicamente era sujeto pasivo del delito contenido en el artículo 301. 1 la propia sociedad mercantil, aunque de forma mediata pudieran resultar también afectados los socios y los acreedores sociales¹⁵⁵⁸. En aquel Proyecto el acuerdo adoptado

¹⁵⁵⁷Artículo 301. 1 PCP 1992: "Los que, maliciosamente, y en su condición de administrador de una Sociedad mercantil, o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma, adopten o respalden con su voto un acuerdo contrario al interés social que cause un grave perjuicio económico a la compañía, serán castigados..."

¹⁵⁵⁸Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.190..

había de ser contrario al interés social, causando un grave perjuicio a la sociedad.

El bien jurídico protegido es en primer término el patrimonio, del cual pueden ser titulares tanto los socios como la propia sociedad mercantil.

La conducta típica están constituida por la imposición de acuerdos abusivos prevaleciendo de la situación mayoritaria de que goza el sujeto activo en la sociedad mercantil. Consta, pues, de dos fracciones: la imposición de acuerdos abusivos y el prevalimiento de situación mayoritaria por el que aquella se logra.

El primer elemento de la conducta típica es el verbo "imponer". Con respecto al mismo verbo utilizado en el número 1º del actual artículo 499 bis del Código penal, alguna STS lo ha identificado con un comportamiento coercitivo¹⁵⁵⁹, lo que ha sido criticado por un sector doctrinal. En efecto, parte de la literatura jurídico-penal señala el contrasentido que supone "imponer para imponer", prefiriendo referir el verbo "imponer" al resultado: "imposición" conseguida a través de los procedimientos enunciados en el tipo¹⁵⁶⁰. También en el delito societario que nos ocupa es preferible considerar que el verbo "imponer" se refiere al resultado mismo¹⁵⁶¹, de forma tal que se configure como un delito de resultado estructural de peligro concreto para el patrimonio, con modalidad determinada de acción.

¹⁵⁵⁹Cfr. la STS 2 febrero 1980 (Ar. 429): "intimidación, violencia o cualquier medio coercitivo para imponer a los trabajadores".

¹⁵⁶⁰Cfr. ARROYO ZAPATERO: *Manual de Derecho penal del trabajo*. cit. págs.32 y siguiente; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.356.

¹⁵⁶¹En este sentido, cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.88.

Para que pueda aplicarse esta figura delictiva es necesario que exista una situación mayoritaria del sujeto activo en la sociedad mercantil obtenida lícitamente, puesto que en el caso de tratarse de una mayoría ficticia no sería aplicable el artículo 293 que estamos analizando sino el artículo 294. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la posición mayoritaria ha de consistir en una mayoría de personas en las sociedades personalistas (sociedad colectiva, sociedad comanditaria simple), y en mayoría de capital en las sociedades capitalistas (sociedad comanditaria por acciones, SRL y SA), aunque en las sociedades con acciones repartidas entre un vasto público de pequeños accionistas puede ser suficiente una fracción reducida del capital que actúe coordinadamente para imponer su voluntad a la mayoría¹⁵⁶².

No basta la situación mayoritaria; es preciso además que el sujeto activo se aproveche de ella para conseguir la imposición del acuerdo abusivo, de manera que es insuficiente la sola constatación de una real situación mayoritaria si no se explota con el fin de lograr la imposición del acuerdo abusivo en cuestión¹⁵⁶³.

No es lícito presumir el aprovechamiento, sino que ha de ser probado. A estos efectos, consideramos que la adopción del acuerdo abusivo es prueba suficiente del prevalimiento de la posición mayoritaria.

No es fácil determinar el significado de la expresión "acuerdos abusivos", puesto que cabe preguntarse ¿"abusivos" para quién?. ¿Para los socios minoritarios?. ¿Para la sociedad mercantil?.

¹⁵⁶²Cfr. GALGANO: El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas. cit. págs.75 y siguiente.

¹⁵⁶³En este sentido, cfr. TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.88.

La noción de abuso de posición mayoritaria no viene definida expresamente en la legislación mercantil. En opinión doctrinal generalizada, implica dos requisitos: un comportamiento no justificado de la mayoría y una lesión directa de los intereses de los socios o de la sociedad, que se corresponde con una ventaja patrimonial o de otra naturaleza para la mayoría o un tercero.

Que la actividad no esté justificada es una exigencia implícita en el término abuso, y más aún en la expresión prevalimiento de posición mayoritaria¹⁵⁶⁴. El abuso supone un ~~trato desigual arbitrario y sin fundamento material~~. El carácter abusivo de la decisión desaparece si se justifica en concreto ("*sachlich*", según la jurisprudencia alemana) el sacrificio impuesto a los socios en interés de la mayoría y sin perjuicio de la sociedad¹⁵⁶⁵.

El segundo de estos requisitos es una exigencia implícita en el espíritu de la norma general, al requerir el perjuicio de los sujetos pasivos.

Más concretamente, se entiende que hay abuso de posición mayoritaria cuando la mayoría o el grupo de control que se encuentra en dicha situación se aprovecha de ella para procurarse o procurar a un tercero, en perjuicio de los demás socios o de la sociedad, una ventaja que el juego normal de la vida societaria no les hubiera permitido obtener. El abuso presupone necesariamente la utilización de la posición¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶⁴En relación al delito que estudiamos, señala TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.88, que "una conducta es abusiva cuando se usa mal, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa".

¹⁵⁶⁵Vid. ampliamente CASSOTTANA: **L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare**. cit. págs.162, con amplias referencias a la jurisprudencia alemana e italiana.

¹⁵⁶⁶Cfr. STORTONI: **L'abuso di potere nel diritto penale**. cit. pág.34.

Para el Derecho penal, son acuerdos abusivos los adoptados con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios y que no reportan beneficios a la sociedad.

El propio legislador mercantil, consciente de la posibilidad de que se haga un uso abusivo del poder mayoritario, ha establecido límites a este poder. Los acuerdos sociales que conculquen estos límites, así como aquellos otros límites generales que derivan del necesario respeto a las normas reguladoras del funcionamiento de las sociedades mercantiles y del propio órgano social, pueden ser considerados ~~abusivos a los efectos de aplicación del artículo 293.~~

Así, "el acuerdo social será, en consecuencia, típico cuando, indebidamente según la legislación mercantil, suponga negación de los derechos propios de la condición de socio, como son los que reconoce el artículo 48 LSA"¹⁵⁶⁷.

La junta general tampoco puede crear injustificadamente desigualdades de condición entre los socios; si lo hiciera desaparecería la razón que da origen al derecho de la mayoría: que ésta no pueda tomar ninguna decisión sin sufrirla ella misma. La mayoría que decide en su propio favor en perjuicio de la minoría usurpa un poder que no tiene, pues nadie puede crearse a sí mismo el título de su propio derecho contra otro; la junta dejaría de ser el órgano representativo del interés social para convertirse en el órgano de su propio interés¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁷TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.88.

¹⁵⁶⁸Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La junta general de accionistas. cit. pág.47. No debe mezclarse esta cuestión con la relativa a la facultad de crear acciones privilegiadas en los términos previstos en el artículo 50 LSA: la junta puede crear privilegios siempre que todos los accionistas puedan concurrir en la misma medida a suscribir las acciones que confieren algún privilegio sobre los ordinarios. Se produce el agravio comparativo únicamente si el privilegio se crease por la mayoría exclusivamente en su propio favor.

El principio de igualdad de tratamiento de los socios impide que la sociedad mediante la actuación de sus órganos favorezca o perjudique a algún socio o grupo particular de socios¹⁵⁶⁹. O, lo que es lo mismo, los órganos sociales no pueden servirse del ámbito reconocido a la autonomía privada para discriminar a los socios, sea positiva sea negativamente.

De esta forma, la mayoría en junta carece de facultades para imponer nuevas obligaciones a los socios, ni siquiera por la vía de la modificación de los estatutos. Esta prohibición se deriva del artículo 145 LSA, que no se limita exclusivamente a la obligación fundamental de aportación sino que se refiere también a aquellas otras prestaciones suplementarias que pudieran ser impuestas y que no tienen correspondencia con el capital social, como las prestaciones accesorias¹⁵⁷⁰. Aplicación también de este postulado es la norma que supedita el aumento de capital por incremento del valor nominal de las acciones al consentimiento de todos los accionistas, salvo que se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad (artículo 152. 2 LSA)¹⁵⁷¹.

Por otro lado, del artículo 148 LSA se infiere que la junta no puede adoptar modificación estatutaria alguna que lesione, directa o indirectamente, los derechos de una clase de acciones sin contar con la anuencia mayoritaria de los titulares de esas acciones; si son varias las clases afectadas, o sólo una parte dentro de una misma clase, y la modificación supone un trato discriminatorio entre ellas, será necesario el acuerdo separado de cada clase o grupo, tanto del afectado como del no afectado por la modificación. De igual forma se

¹⁵⁶⁹Vid. ampliamente VELASCO SAN PEDRO: **Acciones propias e igualdad de los accionistas**. cit. págs.15 y siguientes, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

¹⁵⁷⁰Vid. artículos 9, 1) y 32. 1 LSA.

¹⁵⁷¹Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: **La junta general de accionistas**. cit. pág.48.

encuentran protegidos los accionistas sin voto frente a las modificaciones estatutarias que afecten, directa o indirectamente a sus derechos (artículo 92. 3 LSA).

Otros supuestos en que los intereses sociales y los de los socios minoritarios pueden resultar atropellados por el interés egoísta, individual o de grupo, perseguido por el acuerdo de la junta, se originan en la interconexión de unas sociedades con otras y en la influencia o dominio del mismo grupo financiero en sociedades competidoras en el mercado o en empresas de naturaleza distinta interesadas económicamente de modo sucesivo y complementario en un determinado proceso de producción. Unas veces, los mismos accionistas que dominan en una sociedad tienen en otra sociedad competidora participaciones económicamente superiores, y sacrifican los intereses de la primera en beneficio de la segunda, con notorio perjuicio de los accionistas minoritarios de la primera¹⁵⁷²; otras, una sociedad fuerte adquiere los paquetes mayoritarios de otras sociedades y no duda en sacrificar en su propio beneficio los intereses de éstas; y sin llegar a estos casos extremos, puede ocurrir que el grupo mayoritario o de control, a veces constituido por una sola persona, imponga a la sociedad contratos gravosos en beneficio propio y exclusivo, o en beneficio de un tercero con el que esté ligado económicamente, lesionando así claramente el interés social y el interés de los demás accionistas. En estos y otros supuestos semejantes las prescripciones legales que rigen el funcionamiento de la sociedad quedan intactas, puesto que es fácil cometer esos atropellos sin violar normas concretas de la ley o de los estatutos¹⁵⁷³.

¹⁵⁷²Vid. por ejemplo la STS (Sala 1º) 19 febrero 1991 (Ar. 1512), en la que se anula el acuerdo de modificación de estatutos que permitió a un Consejo de administración ceder por cuatro años todos los activos de una SA a otra sociedad competidora.

¹⁵⁷³Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: La junta general de accionistas. cit. pág.336. Vid. ampliamente CASSOTTANA: L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare. cit. págs.7 y

¿Cabe la omisión?. En la dicción literal del precepto se exige un comportamiento activo consistente en el prevalimiento de la situación mayoritaria en una sociedad mercantil. La imposición de un acuerdo sólo puede tener lugar en una junta general a través de una votación en la que los autores se prevalecen de su posición mayoritaria en el órgano social. No es posible la incardinación de la omisión como modalidad típica de acción.

El tipo exige en el sujeto activo la finalidad de **lucrarse** en perjuicio de los demás socios. No existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia españolas sobre el lucro a que ha de ir referido el ánimo del sujeto activo en los delitos patrimoniales de apropiación o de enriquecimiento¹⁵⁷⁴. Agrupando las diversas formulaciones, existen básicamente tres concepciones diferentes del ánimo de lucro. Así, la jurisprudencia¹⁵⁷⁵ y un amplio sector doctrinal¹⁵⁷⁶ conciben el ánimo de lucro en un sentido amplio, definiéndolo como la intención del sujeto activo de obtener cualquier tipo de ventaja, beneficio, utilidad o provecho, aunque sean de carácter meramente contemplativo. A esta concepción amplia se

siguientes.

¹⁵⁷⁴Como se sabe, una clásica diferenciación doctrinal distingue entre delitos de enriquecimiento y delitos sin enriquecimiento; salvo los delitos de daños, incendios y estragos, el resto de los delitos patrimoniales exigiría, conforme a ella, al menos implícitamente, un ánimo de lucro. Vid. en este sentido, MUÑOZ CONDE: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1991, cit. págs.214 y siguiente; QUINTANO RIPOLLES: **Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal**. II. 1977, cit. págs.130 y siguiente.

¹⁵⁷⁵Vid. SSTs 3 febrero 1981 (Ar. 478), 12 febrero 1985 (Ar. 949).

¹⁵⁷⁶Vid. por todos CUELLO CALÓN: **Derecho Penal**. Tomo II. **Parte Especial**. Vol. II. 14ª ed. Barcelona, 1980, págs.849 y siguiente; JIMENEZ DE ASUA, L.: **Tratado de Derecho Penal**. III. 3ª ed. Buenos Aires, 1965, pág.769; PUIG PEÑA, F.: **Derecho Penal. Parte Especial**. 7ª ed. Madrid, 1988, pág.590; QUINTERO OLIVARES: **Hurto**. en "CLP" T.V, Vol. 2º, cit. pág.1142.

contrapone una concepción económico-objetiva del ánimo de lucro¹⁵⁷⁷. BAJO FERNANDEZ¹⁵⁷⁸, por ejemplo, define el lucro como "la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico", lo que supone concebir el ánimo de lucro como la "tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico". De forma semejante se manifiestan numerosos autores¹⁵⁷⁹, convirtiendo esta tesis en absolutamente dominante hoy en día¹⁵⁸⁰. Conviene tener en cuenta, no obstante, que se ha propuesto una restricción en el sentido de exigir que el lucro económico a que ha de dirigirse el ánimo del sujeto activo se defina como un lucro de carácter directo, de forma que los beneficios obtenidos indirectamente no representen lucro a estos efectos¹⁵⁸¹. Ahora bien, consideramos que el ánimo de lucro, a diferencia de lo que ocurre en el robo y en el hurto, ha de ser definido aquí en términos muy amplios, aproximándose a la noción que de él se sostiene en el ámbito del delito de

¹⁵⁷⁷Vid. la posición peculiar, económico-subjetiva, sostenida por DIAZ PALOS, F.: *Animo de lucro*. "NEJ" Tomo II, Barcelona 1950, págs.675 y siguientes, y RODRIGUEZ DEVESA: *Hurto*. cit. pág.204, entre otros.

¹⁵⁷⁸BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.80 y siguiente. Vid. ampliamente sobre esta cuestión BAJO FERNANDEZ: *Animo de lucro y ánimo de hacerse pago*. cit. págs.369 y *passim*.

¹⁵⁷⁹Vid. entre otros ANTON ONECA: *Estafa*. cit. pág.14; BUSTOS RAMIREZ: *Parte Especial*. cit. págs.166 y 208; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.826.

¹⁵⁸⁰En este sentido, cfr. DE LA MATA BARRANCO: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*. cit. pág.245.

¹⁵⁸¹Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. págs.81 y siguiente; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañado*. "ADPCP" 1961, pág.238; VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: *Derecho Penal. Parte Especial*. 1993, cit. pág.826.

estafa¹⁵⁸². Se trata, pues, de la intención de obtener para sí un enriquecimiento patrimonial correlativo, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio irrogado a los sujetos pasivos.

Al utilizarse en el tipo la modalidad reflexiva del verbo "lucrar", el enriquecimiento pretendido por el sujeto activo sólo puede ser para sí mismo. No cumplen el tipo legal el sujeto o el grupo de sujetos que, prevaleciendo de su situación mayoritaria en la sociedad, imponen acuerdos abusivos con la finalidad de favorecer o lucrar a un tercero en perjuicio de los demás socios, y sin que beneficien a la sociedad. Con ello aparece una laguna de punibilidad que podría haber sido fácilmente subsanada. No sólo no se prevé en el precepto el caso de que el beneficiario de la conducta abusiva desplegada por el sujeto activo sea un tercero, sino que en una interpretación literal dicho caso se excluye expresamente del ámbito de aplicación de la norma. Sería conveniente una referencia expresa en este sentido, de forma que permitiera aplicar el delito societario que nos ocupa cuando la intención del sujeto activo fuera lucrar a terceros, y no se descubriera la existencia de una conexión entre el sujeto activo y el tercero (por ejemplo, un acuerdo de reparto de beneficios).

Y es que es distinto el caso de la utilización de una "persona interpuesta", testaferro u "hombre de paja"¹⁵⁸³, que no impide en modo alguno la aplicación del delito societario, del supuesto en que es un tercero sin conexión probada con el

¹⁵⁸²Sobre el ánimo de lucro en la estafa, vid. por todos VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.923.

¹⁵⁸³Son harto frecuentes en la práctica los supuestos de acuerdos que lesionan los intereses de una sociedad beneficiando a la vez a sus socios mayoritarios o de control, por cuanto tales acuerdos benefician simultáneamente a otra sociedad en la que también son socios mayoritarios o de control aquellos que lo son de la primera. Vid. el supuesto de hecho de la STS (Sala 1ª) de 23 junio 1962 (Ar. 3021).

sujeto activo quien recibe el lucro derivado de la actuación delictiva de éste.

Con la regulación adoptada en el Proyecto caen fuera del ámbito de aplicación del delito las frecuentes situaciones que se producen en el seno de los grupos de sociedades, en los que la mayoría en junta adopta acuerdos en beneficio de otra sociedad del grupo, que puede ser o no la sociedad dominante, perjudicando a sus propios socios minoritarios y a los acreedores de la sociedad dominada¹⁵⁸⁴. Los intereses de los socios externos al grupo de control tanto en la sociedad dominante como en la dominada sufren cuando el mencionado grupo aporta a otra sociedad la organización empresarial o parte de ella, sustrayéndose a partir de ese momento al control atribuido por la ley a la Junta.

Ahora bien, no siempre será posible probar la existencia de un grupo de sociedades. En tal caso, la imposición de un acuerdo abusivo en favor de otra sociedad sin conexión comprobada con la mayoría que adopta el acuerdo no integrará el delito societario que nos ocupa, al no poder probarse que dicha mayoría actuó con el fin de lucrarse en perjuicio de los sujetos activos. De ahí la importancia que reviste la determinación de la existencia o no de un grupo de sociedades.

El concepto legal de grupo de sociedades se contiene en los dos primeros números del artículo 42 del C.Co¹⁵⁸⁵. De los

¹⁵⁸⁴Cfr. SAMORI en MAZZACUVA (a cura di): *I reati societari*. cit. pág.262. Vid. también FOFFANI: *Le fattispecie di infedeltà patrimoniale degli organi sociali: conflitto di interessi ed illeciti rapporti patrimoniali*. "Giust. sist. dir. pen." Vol. II, pág.221. En España, BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*. 1994, cit. págs.391 y siguiente

¹⁵⁸⁵Artículo 42 C.co.: "1. Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados... cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en algunos de los casos siguientes:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultada de nombrar o de destituir a la mayoría

dos métodos de definición del grupo de sociedades¹⁵⁸⁶, nuestro C.Co. ha optado por el método presuntivo, que se conforma con la constatación de la concurrencia de determinados datos jurídico-formales que permiten a la sociedad mercantil, o a la persona física o jurídica, dominante, ejercer la dirección unitaria si así lo decide, como la posesión de la mayoría del capital o de votos o el haber designado a la mayoría de los administradores. No es necesario constatar el ejercicio efectivo de dirección unitaria¹⁵⁸⁷.

En la dicción del precepto que nos ocupa, el sujeto activo

de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de aquéllas".

¹⁵⁸⁶VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil. I.* 2. 1991, cit. págs.965 y siguiente.

¹⁵⁸⁷Ello se confirma tras la lectura del artículo 4 LMV, que señala: "A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.

Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

A efecto de lo previsto en los párrafos anteriores a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".

ha de actuar con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios.

Con la previa alusión al ánimo de lucro se hace referencia a que el perjuicio que se pueda causar o efectivamente se irrogue a los socios ha de tener naturaleza patrimonial, tesis que se refuerza si tenemos en cuenta la exigencia típica de que el acuerdo abusivo no reporte beneficios a la sociedad.

La descripción típica contiene, además de la referencia al ánimo de lucro como requisito típico, una alusión al ánimo de perjudicar¹⁵⁸⁸. Este ánimo de lucrarse en perjuicio de los demás socios colorea subjetivamente el tipo de injusto, al determinar su presencia el fundamento de la antijuridicidad de la conducta típica. Ahora bien, el autor ha de ser consciente de que se perjudica a los demás socios, pero no es necesario que esa haya sido su finalidad¹⁵⁸⁹.

La exigencia típica de que el sujeto activo actúe movido no sólo por la finalidad de lucrarse, sino de lucrarse precisamente en perjuicio de los demás socios, responde a consideraciones derivadas del principio de intervención mínima del Derecho penal. El principio mayoritario que rige la adopción de acuerdos en el seno de las sociedades mercantiles puede dar origen a actuaciones ciertamente abusivas por parte del grupo mayoritario o de control. Ahora bien, estas actuaciones deben resultar penalmente atípicas en tanto en cuanto con ellas no pretenda el grupo mayoritario causar perjuicios a los demás socios. Como sabemos, la legislación mercantil no impide la participación en la toma de decisiones de los socios que se hallan en conflicto de intereses con la

¹⁵⁸⁸Vid., por todos, la interpretación que de la expresión legal "en perjuicio" realizan BAJO FERNANDEZ/ SUAREZ GONZALEZ en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*. 1993, cit. pág.384.

¹⁵⁸⁹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.88.

sociedad.

El resultado típico consiste, como hemos adelantado, en la imposición de los acuerdos abusivos¹⁵⁹⁰.

El tipo penal adelanta la consumación al momento en que se impone el acuerdo abusivo, sin necesidad de comprobar que se causa efectivamente un perjuicio a los demás socios, el cual, si tiene lugar, sólo afectará al agotamiento del delito. No se exige, en fin, la causación de un perjuicio efectivo, sino que basta el reconocimiento del momento anímico como valor dogmático de fundamentación de la antijuridicidad típica. Con ello se produce un adelantamiento de la barrera defensiva del patrimonio de los socios y de la propia sociedad, evitando además solapamientos con la impugnación de acuerdos sociales prevista por el Ordenamiento mercantil.

En efecto, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, la legislación mercantil permite impugnar los acuerdos de las juntas que "lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad" (artículo 115. 1 LSA). Es preciso, pues, que los intereses sociales resulten efectivamente lesionados. La toma de acuerdos abusivos con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios no puede ser impugnada a menos que se produzca esta lesión de los intereses sociales.

Ahora bien, ello no obsta a considerar que se trata de un delito de resultado de peligro concreto para el patrimonio de los socios. Que el patrimonio ha de verse en efectivo peligro se deriva no tanto de su consideración como bien jurídico protegido, como de la exigencia de que finalidad que ha de animar a los sujetos activos consista lucrarse en perjuicio de los demás socios, así como de que no se han de reportar

¹⁵⁹⁰Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.88.

beneficios a la sociedad.

Por otra parte, el acuerdo no ha de reportar beneficios a la sociedad. Afirma TERRADILLOS BASOCO¹⁵⁹¹ que se trata de un requisito negativo que nada aporta al tipo, señalando que "cuando los beneficios sociales son relevantes, a pesar de exigir el sacrificio de intereses de socios minoritarios, el acuerdo no se puede estimar como abusivo, ya que responderá al objeto social. Cuando son mínimos en comparación con el perjuicio que se pueda causar a los demás socios, la conducta debe ser típica. De ahí que (concluye este autor), si se mantiene este requisito, deberá ser interpretado en términos valorativos: el acuerdo que, so capa de unos beneficios sociales nimios, perjudica abusivamente a los socios minoritarios no puede estimarse, si concurren el resto de elementos, atípico". Coincidiendo con la última afirmación, discrepamos en considerar que se trata de un requisito negativo que no aporta nada al tipo. Antes al contrario, junto con otros datos, permite dotar de significado al elemento típico "acuerdo abusivo", en el sentido de precisar que se trata, no sólo de aquel que se adopta prevaleciéndose los sujetos activos de su posición mayoritaria en la sociedad, con la finalidad de lucrarse en perjuicio de los demás socios (acuerdo que podría ser perfectamente válido y no calificable en modo alguno de abusivo), sino que además dicho acuerdo no ha de reportar beneficios a la sociedad. Y es que sólo cabe admitir discriminaciones entre socios de forma excepcional y cuando lo exija el interés de la sociedad¹⁵⁹².

Elemento típico cuyo apoyo interpretativo se encuentra en el propio concepto de acuerdo abusivo es la contrariedad de la

¹⁵⁹¹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.88.

¹⁵⁹²Cfr. VELASCO SAN PEDRO: Acciones propias e igualdad de los accionistas. cit. pág.27. Esta idea está generalizada en la doctrina que se ha ocupado de la cuestión. Vid. por todos ANGELICI: Parità di trattamento degli azionisti. cit. pág.12.

voluntad de la víctima.

En este contexto, el consentimiento de la víctima debe considerarse como una causa de atipicidad que tendrá eficacia desde el momento en que se presta y durante todo el tiempo que se conceda.

La cualidad viciada del consentimiento no le priva necesariamente de su capacidad excluyente del tipo.

9.3.2. EL DELITO DE ABUSO DE POSICION MAYORITARIA OBTENIDA ILICITAMENTE: ARTICULO 294.

El tipo contenido en el artículo 294 constituye, desde un punto de vista formal, un tipo no autónomo¹⁵⁹³, puesto que describe el hecho injusto penalmente relevante tomando como base un tipo principal, el regulado en el artículo 293. Desde el punto de vista material se trata, sin embargo, de un tipo independiente del contenido en el artículo 293. Pese a su estrecha relación formal con éste último, existen entre ambos diferencias cualitativas que obligan a considerarlo como un *delictum sui generis*, y no como una especie de ningún otro tipo básico.???

Las razones de esta construcción se hallan en la historia del precepto. Basta observar que en el PCP de 1992 el artículo 301 contenía dos apartados, sancionando el primero a "los que, maliciosamente, y en su condición de administrador de una Sociedad mercantil, o de su posición mayoritaria en un órgano de gobierno de la misma, adopten o respalden con su voto un acuerdo contrario al interés social que cause un grave perjuicio económico a la compañía", y estableciendo el segundo

¹⁵⁹³Vid. sobre esta categoría COBO/ VIVES: Derecho Penal. Parte General. 1991, cit. págs.337 y siguiente.

que "la misma pena se impondrá si el acuerdo lesivo hubiera sido adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente careciesen del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tuvieran reconocido por la legislación mercantil, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante". Como vemos, este segundo apartado del artículo 301 del PCP de 1992 se convirtió en el artículo 294 del Proyecto de 1994, con dos únicas modificaciones en su redacción: se especifica en el texto actual que la pena que corresponde imponer es la misma "del artículo anterior", esto es, del artículo 293, que sanciona la imposición de acuerdos abusivos prevaleciéndose de la situación mayoritaria en la compañía; y se añade como coletilla final una alusión a los posibles concursos, "sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito".

El tipo objetivo de lo injusto del delito que nos ocupa está constituido por una acción de imponer un acuerdo abusivo¹⁵⁹⁴, adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carecen del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la legislación mercantil, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante.

El tipo de lo injusto tiene una estructura que corresponde a la categoría de los llamados **tipos mixtos**, de tal modo que para que se realice el tipo es suficiente con la concurrencia,

¹⁵⁹⁴Vid. en contra TERRADILLOS BASOCO: **Derecho penal de la empresa**. cit. pág.89, quien entiende que este precepto "no exige el prevalimiento basado en la posición mayoritaria, ni la imposición de acuerdos. Basta con que éstos se adopten, siempre que la adopción haya venido determinada por la previa configuración de una mayoría ficticia...".

indistintamente, de uno cualquiera de sus elementos¹⁵⁹⁵. La determinación de cuando un tipo mixto es alternativo o acumulativo constituye un tema que ha de resolverse mediante interpretación y sobre la que no pueden plantearse soluciones *a priori*¹⁵⁹⁶. La cuestión que se plantea entonces es la del tratamiento que hay que dar a las hipótesis en que el autor o autores imponen el acuerdo abusivo utilizando dos o más de los medios de obtener una mayoría ficticia previstos por el tipo.

Considero que se trata de un tipo mixto alternativo, de forma que la utilización por los sujetos activos de dos o más modalidades de obtener la mayoría ficticia no da lugar a un concurso de infracciones.

Entre los medios típicos de obtener una mayoría ficticia y el resultado de la imposición del acuerdo abusivo tiene que existir siempre y necesariamente una **relación típica de medio a fin**, que en el caso de no concurrir impedirá la aplicación del delito societario objeto de este estudio. La relación típica que ha de establecerse entre los medios y el resultado exige asimismo necesariamente la presencia de un elemento subjetivo en el autor: es preciso que sea consciente y disponga u organice voluntaria y finalísticamente esos medios en

¹⁵⁹⁵En los tipos mixtos, la ley describe diversas modalidades de la actuación punible, debiendo distinguirse entre tipos mixtos alternativos, que resultan cumplimentados por la presencia de cualquiera de las formas de conducta descritas alternativamente por el texto legal, sin que la presencia de varias de ellas en el supuesto de hecho suponga la multiplicidad de delitos, y tipos mixtos acumulativos, en los que cada una de las modalidades configura un delito, de modo que la concurrencia de varias determina la existencia de un concurso de infracciones. Cfr. COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.337.

Sobre los tipos mixtos alternativos, cfr. SANZ MORAN: **El concurso de delitos**. cit. págs.118 y siguiente. Vid. también GRACIA MARTIN: **La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal**. cit. pág.245.

¹⁵⁹⁶Cfr. GRACIA MARTIN en DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales**. cit. pág.126, nota núm.159.

dirección a la producción del resultado consistente en la imposición del acuerdo abusivo. Esta relación de medio a fin es también una relación de carácter objetivo. Se plantea la cuestión, en primer lugar, de si cabrá apreciar este delito en los casos en que los medios típicos están ya previamente organizados por sí mismos en dirección a la producción del resultado y el autor omite la acción que es idónea para desviarlos de semejante dirección, y si cabrá también estimar realizado el delito cuando la voluntad del autor no está dirigida inmediatamente a configurar la típica relación de medio a fin, pero cuenta con la posibilidad de que su acción dé lugar a la configuración objetiva de dicha relación típica de los medios con respecto al resultado de imposición del acuerdo abusivo, confía en que ello no se produzca, o bien ni siquiera lo ha previsto, pero objetivamente así sucede y podía haberlo previsto.

En suma, se plantean las cuestiones acerca de si es posible la comisión del delito de imposición de acuerdos abusivos adoptados por mayoría ficticia por omisión, y si cabe admitir el **dolo eventual**. La primera cuestión será examinada aquí, en el ámbito del tipo objetivo, y la otra será objeto de estudio en el apartado destinado al tipo subjetivo.

El **abuso de firma en blanco** a que se refiere el precepto ha de consistir en la confección o complementación de un documento inveraz utilizando la firma y, pese a lo afirmado por ANTON ONECA, puede concurrir tanto en quien ha recibido el encargo de rellenar el documento como en quien, simplemente, lo tiene bajo su custodia e, incluso, en quien lo ha sustraído¹⁵⁹⁷.

Se produce el abuso cuando la información de quien cedió su firma no abarcaba todos los elementos esenciales del caso

¹⁵⁹⁷VIVES en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.930. 7

y también cuando, existiendo una información completa, el autor viola o quebranta las expresas indicaciones del firmante¹⁵⁹⁸, cumplimentando la hoja en blanco no en el sentido que le indicaba el firmante, sino en provecho propio y en perjuicio ajeno¹⁵⁹⁹.

La atribución indebida del derecho de voto a quien legalmente carece del mismo puede producirse tanto por concederse a quien no es socio como a quien, aun siéndolo, no puede ejercerlo¹⁶⁰⁰, por ejemplo por retraso en el pago de los dividendos pasivos, en supuestos de usufructo o prenda de acciones, o por ser titular de acciones sin voto, siempre que no concurren las circunstancias que dan a estas acciones el ejercicio del voto.

Se hace preciso acudir a la legislación mercantil, concretamente a la de sociedades, para determinar cuándo es "indebida" la atribución del derecho de voto¹⁶⁰¹.

Lo mismo sucede en la tercera modalidad típica de obtener la mayoría ficticia: la **negación ilícita del ejercicio del derecho de voto** a quienes lo tengan reconocido por la legislación mercantil. Para saber cuándo se trata de una negación "ilícita", y cuando de una negación absolutamente acorde con el Ordenamiento jurídico, debe atenderse a la legislación mercantil sobre sociedades.

¹⁵⁹⁸Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.191.

¹⁵⁹⁹Cfr. BAJO FERNANDEZ/ PEREZ MANZANO en BAJO/ PEREZ/ SUAREZ: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). 1993, cit. pág.319.

¹⁶⁰⁰Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.191.

¹⁶⁰¹Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.191.

El tipo alude, como cláusula de cierre de la enumeración de medios típicos de obtener la mayoría ficticia, a "cualquier otro medio o procedimiento semejante". Como señala MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ¹⁶⁰², "una vez más se pone de relieve el fracaso del casuismo en la formulación de los tipos penales". Esta cláusula obliga a considerar típicos todos los medios y procedimientos, de entidad semejante a los enumerados, que permitan a un sujeto o grupo de sujetos imponer acuerdos abusivos en el seno de la junta general.

Parece posible averiguar cuáles son estos otros medios o procedimientos en los que pensaba el pre-legislador atendiendo al último inciso del precepto en estudio: "sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito". Señala TERRADILLOS BASOCO¹⁶⁰³ que dicho inciso "puede inducir la sospecha de que cuando los medios utilizados sean, por sí solos, constitutivos de delito, darán lugar a un concurso de leyes. Ello sería tanto como desconocer el desvalor inherente al acuerdo lesivo. Por tanto ha de entenderse que el concurso es de delitos, a resolver según las reglas del artículo 78 PCP94, heredero del vigente artículo 71 CP".

Medios o procedimientos semejantes a los ejemplificados en el tipo, y de entidad delictiva suficiente como para dar lugar a un concurso de delitos, son, por ejemplo, las coacciones y las amenazas, las falsedades documentales no consistentes en el abuso de firma en blanco, el negar o impedir maliciosa y reiteradamente a un socio el ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes, etc.

El artículo 294 alude a la adopción de acuerdos lesivos, a diferencia del precedente artículo 293 que, como hemos tenido

¹⁶⁰²MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.191.

¹⁶⁰³TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.89.

ocasión de señalar, sanciona la imposición de acuerdos abusivos. Ambas expresiones hacen referencia al mismo concepto. Los "acuerdos lesivos" del artículo 294 son en realidad los "acuerdos abusivos" del artículo anterior.

De nuevo, como en el precepto anterior, la imposición del acuerdo lesivo se configura como el resultado del delito.

El tipo subjetivo del delito de imposición de acuerdos abusivos adoptados por mayorías ficticias está integrado por el dolo. Este es, como sabemos, conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo¹⁶⁰⁴.

Si se entiende que el delito sólo puede cometerse si los medios típicos se encaminan finalísticamente a la producción del resultado de imposición de acuerdos abusivos, ello implicará necesariamente dolo directo. En el dolo eventual, el autor ha previsto la posibilidad de producción del resultado y cuenta con ello; sin embargo, no organiza los medios de la acción en dirección a la lesión del bien jurídico penalmente protegido. La voluntad de realización está debilitada. Ahora bien, la ley establece que desde un principio ha de ser el autor quien planee la realización del hecho de ese modo. Estamos ante circunstancias inequívocamente finalistas, que no admiten el dolo eventual.

9. 3. CONDUCTAS CONTRARIAS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS: ARTICULO 295.

El artículo 295 del PCP de 1994 sanciona a "los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil, maliciosa y reiteradamente, negaren o impidieren a

¹⁶⁰⁴Vid. por ejemplo CEREZO MIR: Curso de Derecho penal español. Parte General. I. 4ª ed. 1994, cit. pág.363.

un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes". Este precepto, configurado como ley penal en blanco, ha sido objeto de críticas fundadas en el principio de intervención mínima y en el carácter subsidiario del Derecho penal¹⁶⁰⁵. En tal sentido se ha alegado la escasa entidad de la pena prevista (multa de seis a doce meses¹⁶⁰⁶), así como la no exigencia de la materialización de un perjuicio evaluable económicamente. Parece en principio más razonable que la sanción de tales conductas se efectúe en el ámbito civil que en el penal¹⁶⁰⁷, a través de la vía de impugnación de acuerdos nulos por violación de los derechos que la ley concede a los accionistas.

Cabe, no obstante, justificar la existencia de este precepto penal desde el momento en que se advierte que su ámbito de aplicación es más amplio que el correspondiente a la normativa mercantil, pues no es preciso que se haya tomado un acuerdo nulo¹⁶⁰⁸, bastando con negar o impedir al socio el

¹⁶⁰⁵Cfr. GONZALEZ RUS: **Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992.** cit. pág.19.

¹⁶⁰⁶En el PCP de 1992 la pena prevista en el artículo 303, sustancialmente semejante al que nos ocupa, era de multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria por tiempo de dos a cinco años.

¹⁶⁰⁷Señala TERRADILLOS BASOCO: **Delitos societarios.** cit. pág.96, que debe tratarse de evitar la punición de meras infracciones formales, siendo necesario ponerlas en relación con el riesgo que generan, puesto que de no concurrir éste, pueden bastar las sanciones y los medios de control mercantiles.

¹⁶⁰⁸Recordemos que en la regulación mercantil son nulos, entre otros, los acuerdos tomados en junta celebrada con el carácter de universal sin estar presente todo el capital o sin haber existido unanimidad de los accionistas en la celebración (artículo 99 LSA); cuando ha sido ilegítimamente privado de asistir a la junta algún accionista (artículo 104 LSA); cuando se ha suprimido radicalmente todo debate o deliberación privando a los accionistas asistentes del derecho de voz (artículo 104 LSA); cuando hayan sido decisivos para formar la mayoría votos que adolezcan de algún vicio que los invalide; cuando los

ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes.

A ello se añade, por otra parte, que el precepto penal sanciona a los administradores, de hecho o de derecho, de la sociedad mercantil que hayan cometido el hecho típico "maliciosa y reiteradamente", mientras que la acción de impugnación se dirige contra la sociedad. El precepto penal excluye la apreciación de la imprudencia, que puede ser abarcada por la regulación mercantil. Además de exigirse un comportamiento doloso, no basta con negar o impedir una vez el ejercicio de los derechos reconocidos a los socios por las leyes, siendo precisa la reiteración de dicha conducta impeditiva u obstaculizadora. Por todas estas razones considero que la conducta regulada en el artículo 295 del PCP de 1994 merece la sanción penal, y su previsión no vulnera el principio de intervención mínima.

Conviene tener presente que tanto en el Derecho francés como en el italiano se regulan dentro del ámbito penal conductas similares a las descritas en el artículo 295¹⁶⁰⁹.

acuerdos violen los derechos que la ley concede a los accionistas (por ejemplo, creación de acciones de voto plural o que alteren la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el de suscripción preferente, o con derecho a percibir un interés fijo). Vid. ampliamente URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: *La junta general de accionistas*. cit. págs.329 y siguientes.

¹⁶⁰⁹En Italia, el artículo 2623 número tres C.c. castiga con reclusión de seis meses a tres años y con multa de cuatrocientas mil a dos millones de liras a los administradores que impidan el control de la gestión social por parte del órgano de vigilancia de la sociedad o, en los casos previstos en la ley, por parte de los socios. La imposibilidad de controlar, según la doctrina, puede resultar de un hacer y de un no hacer (obstrucción, ocultamiento de documentos, no exhibición de los mismos). Cfr. DI AMATO: *Diritto penale dell'impresa*. 1992, cit. pág.132. Vid. también el artículo 2630 C.c. italiano.

En Francia es de interés el artículo 440. 1 (sección tercera) del capítulo II del Código de Sociedades, que castiga a "los que, a sabiendas, hayan impedido a un accionista

En lo referente al bien jurídico penalmente protegido, en principio parecen rechazables aquellas posturas que lo individualizan en el regular funcionamiento de los órganos sociales, concepto a todas luces excesivamente abstracto e indigno de autónoma protección por parte del Derecho penal.

Efectivamente, el elevado grado de abstracción conceptual y la escasa consistencia objetiva del sustrato que subyace bajo dicha rúbrica parece favorecer la creencia de que estamos, en realidad, ante un bien jurídico puramente ficticio, tras el cual se halla únicamente el propósito o la finalidad político-criminal pretendida por el legislador. Se trataría, en fin, de uno de esos bienes meramente instrumentales, cuya tutela anticipa la de los intereses "finales" de mayor entidad, los cuales sí constituyen el genuino bien jurídico protegido en los distintos delitos. Ahora bien, aunque no se puede desconocer la instrumentalidad del interés en cuestión respecto a bienes ulteriores mediatamente tutelados a través de su protección, señaladamente el patrimonio, se ha de tener en cuenta que en la regulación concreta se suele proteger el correcto funcionamiento de los órganos sociales en sí y por sí mismo considerado, prescindiendo de la aptitud lesiva de la conducta incriminada con respecto a los intereses colocados "más allá" del que nos ocupa. Como tendremos ocasión de comprobar al hilo del análisis del contenido de los derechos que configuran la posición de socio,

Desde esta perspectiva, consideramos preferible que, en la graduación de los distintos intereses abstractamente configurables como bienes jurídicos penalmente protegidos, se opte por el bien "próximo-intermedio", representado en este caso por el correcto funcionamiento de los órganos sociales en

participar en una asamblea de accionistas...". Otro tanto puede decirse en relación a los artículos 441 y 442, que se refieren al presidente y a los administradores que no hayan reunido la asamblea general ordinaria ni hayan entregado al accionista que lo hubiere demandado una completa lista de datos.

sí y por sí mismo considerado¹⁶¹⁰, bien jurídico que resultaría lesionado por la conducta típica.

La conducta típica consiste en negar o impedir a un socio el ejercicio de ciertos derechos reconocidos por las leyes. "Negar" significa, entre otras cosas, "decir que no a lo que se pretende o se pide, o no concederlo, dejar de reconocer alguna cosa, no admitir su existencia, excusarse de hacer una cosa". Por su parte, "impedir" alude a "estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa". Como señala MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ¹⁶¹¹, "lo primero significa el dejar de reconocer o admitir los derechos del accionista; lo segundo, admitiendo tales derechos o no desconociéndolos, estorbarlos o coartarlos en su práctica. Ambas actividades producen un claro obtáculo real para la actuación y el ejercicio de los plurales derechos del socio".

Sólo pueden ser sujetos pasivos del delito que nos ocupa los socios. Y, como ya hemos señalado, sólo la titularidad de la acción atribuye la condición de socio (artículo 48. 1 LSA)¹⁶¹². En algunas operaciones de reducción de capital las sociedades entregan a los titulares de las acciones amortizadas unos nuevos títulos que suelen dar derecho, cuando menos, a continuar participando en los beneficios sociales. Son los llamados bonos de disfrute. Parte de la doctrina mercantilista ha sostenido la tesis de que se trata de verdaderas acciones que confieren a sus tenedores la condición de socio. Otros

¹⁶¹⁰Cfr. NAPOLEONI: I reati societari. II. cit. págs.267 y siguiente.

¹⁶¹¹MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.195.

¹⁶¹²Artículo 48 LSA: "1. La acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos".

Cfr. DUQUE DOMINGUEZ en ALONSO UREBA y otros: Derecho de SA. II. Vol. I. cit. pág.35; LOJENDIO en JIMENEZ: Derecho mercantil. 1990, cit. pág.216.

autores¹⁶¹³, por el contrario, consideran que, amortizadas las acciones originarias, los bonos que las sustituyen no pueden conferir al titular la condición de socio porque, devuelto el valor nominal de las acciones y reducido el capital en la medida correspondiente, no es posible que los nuevos títulos sigan representando partes alícuotas del capital social, razón por la cual la ley no los denomina acciones ni les otorga el derecho de voto (artículo 48. 3 LSA).

Los derechos que la legislación mercantil de sociedades otorga a sujetos distintos de los socios no son objeto de protección penal. Así, queda penalmente desprotegido, entre otros, el derecho "inderogable" del Comisario del Sindicato de Obligacionistas a asistir a la junta general, cuya atribución se basa en el mandato legal y cuyas facultades no se limitan a la intervención de los debates o discusiones, sino que puede informar de los acuerdos del Sindicato y requerir de la junta cuantos informes puedan interesar a dicho Sindicato (artículo 303. 2 LSA). En general, los derechos de información, de remuneración fija, de restitución de la aportación realizada, de suscripción preferente, y otros que puedan corresponder a los obligacionistas, estarán excluidos de la protección otorgada por el Derecho penal a los derechos de los socios. Igualmente carecerán de protección penal los derechos especiales de contenido económico que se hayan reservado los promotores y fundadores durante el procedimiento de fundación, los cuales, como hemos visto, pueden consistir tanto en una participación en beneficios o en la cuota de liquidación como en derechos de uso o explotación de bienes sociales sin contraprestación. Lo mismo cabe decir de los derechos reales limitados sobre las acciones (usufructo, prenda y embargo).

Tampoco es objeto de protección de este precepto el derecho que reconoce el artículo 64. 1. 2 del Estatuto de los

¹⁶¹³Vid., por ejemplo, BROSETA PONT: **Manual de Derecho Mercantil**. 1994, cit. pág.273.

Trabajadores en favor del Comité de Empresa, consistente en conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, de los demás documentos que se den a conocer a los socios y en las mismas condiciones que a éstos.

Esta restricción legal alcanza también al objeto material del delito, puesto que se excluyen del ámbito de aplicación del delito las conductas de los administradores consistentes en perturbar, en los términos establecidos por el tipo, el ejercicio de los derechos que la legislación reconoce en el ámbito de la sociedad mercantil a sujetos que no reúnen la condición de socios de la misma. Es el caso, por ejemplo, de los acreedores sociales no socios, de los usufructuarios y los acreedores pignoratícios cuando se les conceda en los estatutos el derecho de asistencia a la Junta general, de los obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, del comisario presidente del sindicato de obligacionistas, de los representantes de los trabajadores¹⁶¹⁴, de los administradores y consejeros¹⁶¹⁵, etc. Pese a que, por regla general, los derechos de las personas no socios tienen la misma extensión que el correlativo derecho de los socios, si los estatutos no disponen cosa distinta, el tipo penal ha optado por excluirlos de su ámbito de protección, opción que estimamos criticable. En efecto, obstaculizar o impedir el ejercicio de estos derechos debería merecer la misma respuesta jurídico-penal que cuando los sujetos pasivos son los socios.

Corresponde ahora determinar qué derechos de los socios constituyen el objeto material de la conducta típica. No todos

¹⁶¹⁴Cfr. TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.90.

¹⁶¹⁵Sobre el derecho de los administradores y consejeros a la información, vid. GARCIA VILLAVARDE: *Derecho a la información del socio y del administrador*. cit. págs.21 y siguientes.

los derechos reconocidos por la legislación mercantil a los socios dan lugar a la apreciación del delito que nos ocupa aun cuando su ejercicio sea negado maliciosa y reiteradamente por los administradores, puesto que el tipo se refiere específicamente al "ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes".

No todos los derechos que la LSA otorga a los socios son objeto material del delito societario, sino únicamente los de carácter esencialmente político y funcional, y aun dentro de esta categoría no se tienen en cuenta todos.

¿Cuáles son, pues, los derechos sociales cuya violación en los términos establecidos por el tipo penal da origen a la apreciación del delito societario?. ¿En qué condiciones pueden ser ejercidos por los socios?.

El derecho de información de los socios presenta dos aspectos: por un lado, consiste en la facultad de pedir a los administradores informes y aclaraciones sobre los asuntos comprendidos en el orden del día de la junta; y, más en general, en la facultad atribuida a los socios a fin de que se les suministre un conocimiento suficiente sobre la situación patrimonial de la sociedad o sobre las circunstancias relativas a su gestión¹⁶¹⁶. En su primer aspecto se trata de una facultad complementaria, en cierto modo, del derecho de voto, aunque independiente de él¹⁶¹⁷. En efecto, ha de advertirse que al lado de esa frecuente accesoriedad de la previa

¹⁶¹⁶Cfr. GARCIA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima. cit. pág.258.

¹⁶¹⁷Lejos de constituir un simple complemento de la eficiente emisión del voto, el derecho de información muestra el verdadero sentido del carácter instrumental que se le atribuye tanto cuando posibilita al accionista el oportuno ejercicio de los demás derechos como cuando contribuye a hacer efectiva su participación en la dirección y control de la sociedad. Cfr. URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. pág.253.

información respecto del voto, el derecho a obtener información dentro de los límites legalmente establecidos se conserva incluso en relación con aquellos asuntos que dentro del orden del día no requieren adopción de un acuerdo o cuyo debate no concluye en una votación; y se manifiesta también como un presupuesto para la efectividad del ejercicio de cuantos derechos derivan de la cualidad de socio, sea un accionista ordinario, sea el titular de acciones sin voto, todos los cuales ostentan, por igual, el derecho inderogable de información¹⁶¹⁸.

El derecho de información de los socios en la junta, regulado en el artículo 112 LSA, se ejercita fundamentalmente dentro de la Junta y se presenta en dos aspectos: el derecho de solicitar la información y el derecho a recibir la información solicitada¹⁶¹⁹.

Claramente se infiere del artículo 112 LSA que el derecho de información es una facultad exclusiva de los accionistas, de todos ellos, sean ordinarios o titulares de acciones sin voto, pero no de las personas que sin tener esa condición asisten a la junta con voz y sin voto. De modo que los administradores, obligados a asistir, el comisario del sindicato de obligacionistas, con facultad para ello, los gerentes, directores y demás técnicos de la sociedad o las personas que teniendo interés en la buena marcha de los asuntos sociales estén obligados o autorizados por los estatutos para asistir a las juntas (artículos 104 y 303), no pueden reputarse titulares del derecho de información regulado en el artículo que comentamos¹⁶²⁰. La doctrina afirma que las solicitudes de información formuladas en la junta por quien sin ser socio

¹⁶¹⁸Cfr. artículos 48. 2. d) y 92. 1 LSA.

¹⁶¹⁹Cfr. OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.92.

¹⁶²⁰Para otros supuestos especiales, vid. BERGAMO: *Sociedades Anónimas*. II. Madrid, 1970, pág.772.

ostenta la representación de uno o varios accionistas, al amparo de lo establecido en el artículo 112 LSA, no pueden ser denegadas amparándose exclusivamente en una falta de legitimación personal por carecer el representante solicitante de la condición de accionista¹⁶²¹. No es pacífica, sin embargo, la cuestión acerca de si tienen derecho de información todos los accionistas o sólo los que están facultados para asistir a la junta. Un sector doctrinal afirma que los términos en que está redactado el precepto legal llevan a estimar que sólo el accionista que pueda asistir a la junta, por sí o por medio de representante, puede ser titular de este derecho; los que no puedan asistir por no haber cumplido las exigencias previstas en el artículo 104 LSA, quedan lógicamente despojados de un derecho que en realidad se ejercita en y para una junta a la que no tienen acceso. Otro autorizado sector de la doctrina atribuye la titularidad del derecho de información a cualquier accionista, independientemente de que pueda o no asistir a la junta, atendiendo fundamentalmente a que el artículo 112 permite la solicitud de informes con anterioridad al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 104 para el ejercicio del derecho de asistencia, y a la posibilidad de que para obtener dichos informes no se precise la presencia en la junta si se admite que los administradores pueden proporcionarlos por escrito antes de iniciarse la sesión¹⁶²². En el caso de las acciones que, por sanción legal, tengan en suspenso el ejercicio de todos sus derechos, la suspensión abarca también el derecho de información.

La información ha de referirse exclusivamente a los asuntos comprendidos en el orden del día. La variedad de temas o cuestiones que pueden ser llevados a las juntas generales no

¹⁶²¹Cfr. por todos URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ: *La Junta general de accionistas*. cit. pág.263.

¹⁶²²En este sentido, vid. RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*. 3ª ed. Madrid, 1974, pág.360; POLO DIEZ: *El derecho del accionista*. págs.32 y siguiente; BERGAMO: *Sociedades Anónimas*. II. cit. págs.771 y 784 y siguiente x.

permite determinar *a priori* el objeto del derecho de información, ni hacer tampoco una delimitación objetiva de su alcance. El ámbito de este derecho es, eso sí, amplio, en cuanto abarca "los informes o aclaraciones que estimen precisos" los accionistas, circunscritos a los asuntos comprendidos en el orden del día¹⁶²³. El derecho del accionista tiene, además, un límite: el perjuicio para el interés social derivado de dar publicidad a los datos solicitados. El presidente de la Junta posee la facultad discrecional¹⁶²⁴ de decidir si dicha publicidad perjudica el interés social, en cuyo caso denegará su entrega; ahora bien, esta facultad desaparece si la solicitud de información es apoyada por la cuarta parte del capital social¹⁶²⁵. En esta regulación del derecho de información se trata de armonizar intereses aparentemente contrapuestos: por un lado, el del socio a informarse de la marcha de los negocios sociales; por otra parte, el interés social, por cuya vigilancia la sociedad debe cuidar de no hacer partícipes en la información a socios que empleen los secretos de la empresa en interés propio y ajeno, haciendo competencia desleal¹⁶²⁶.

La solicitud de información puede realizarse por escrito, antes de la celebración de la Junta, o bien verbalmente durante

¹⁶²³Vid. ampliamente URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. págs.253 y siguientes.

¹⁶²⁴Es doctrina mayoritaria. Cfr. NARVAEZ BERMEJO/ IRANZO SIMO: El derecho de información del socio frente al secreto de contabilidad del comerciante. cit. pág.5.

¹⁶²⁵Si aun así el presidente se niega a dar la información solicitada, la minoría habrá de acudir a los Tribunales para que sean éstos los que en última instancia decidan sobre la obligatoriedad de proporcionar la información solicitada. Cfr. OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.94.

¹⁶²⁶Cfr. NARVAEZ BERMEJO/ IRANZO SIMO: El derecho de información del socio frente al secreto de contabilidad del comerciante. cit. pág.1. Vid. la STS (Sala 1ª) 26 diciembre 1969 (Ar. 6210).

la propia celebración de la Junta. La solicitud de información por escrito se ve ampliada en el caso de la Junta general ordinaria que ha de aprobar las cuentas, toda vez que, de acuerdo con el artículo 212. 2 LSA, el accionista, desde el momento de la publicación del primer anuncio de la convocatoria¹⁶²⁷, puede obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta y el informe de los auditores¹⁶²⁸. En el supuesto de modificación de los Estatutos, el accionista puede solicitar, de acuerdo con el artículo 144. 1. c) LSA, la entrega o el envío gratuito del texto íntegro de la modificación propuesta y del correspondiente informe de los administradores sobre la misma, pudiendo además desplazarse al domicilio social para examinar allí dichos documentos. Por otra parte, durante la Junta y dentro de cada punto del orden del día el accionista puede solicitar de la mesa la correspondiente información, pero siempre sobre el tema comprendido en dicho punto del orden del día.

El derecho del accionista a recibir la información solicitada se ve satisfecho en el seno de la propia Junta, puesto que aunque la solicitud de información se formule por escrito y antes de la celebración de la junta, la información se proporciona en el acto mismo de la reunión. Si bien se ha señalado que en algunas ocasiones se puede ver de algún modo insatisfecho el derecho de información del accionista, que no

¹⁶²⁷Se pretende que la información sea accesible a los socios con una antelación suficiente para que el término legalmente utilizado, "conocimiento", signifique no sólo mera noticia, sino también oportunidad de reflexión y, en su caso, de asesoramiento cualificado. Cfr. ILLESCAS ORTIZ: Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales. cit. págs.183 y siguiente.

¹⁶²⁸El legislador ha entendido, correctamente, que en decisiones de tan notable envergadura como la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad, los socios no pueden resolver adecuadamente sin que un cierto grado cualificado de información haya sido puesto a su disposición. Cfr. ILLESCAS ORTIZ: Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales. cit. pág.183.

tiene tiempo de estudiar la respuesta y votar correctamente, existen razones que aporta la doctrina y permiten sostener que la información debe ser suministrada, en todo caso, en el seno de la propia junta; la información tiene como finalidad formar correctamente el sentido del voto de los accionistas, por lo cual parece lógico que todos los asistentes reciban dicha información y puedan solicitar además informaciones suplementarias al hilo de lo escuchado en la reunión. La desventaja consistente en la imposibilidad de estudiar con tiempo la información si ésta se proporciona verbalmente en la propia reunión se compensa con la posibilidad que tiene el socio solicitante de hacer constar en acta su expresa oposición al acuerdo por falta de información, a los efectos de impugnarlo, cuando estime que la información que se le ha suministrado es insuficiente¹⁶²⁹.

La jurisprudencia destaca este derecho, colocándolo en primer plano como un derecho esencial, configurándolo como "consustancial e irrevocable"¹⁶³⁰. Su violación por los administradores implica la nulidad del acuerdo en el que se ha producido¹⁶³¹, pero no la de aquellos otros en los que no se hubiere infringido tal derecho.

Los derechos de participación en la gestión de la sociedad, o derechos administrativos, junto con los derechos de información, de voto y de representación, forman un todo indivisible que configura el poder político del socio en el

¹⁶²⁹Cfr. OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.93.

¹⁶³⁰Cfr. STS (Sala 1º) 8 marzo 1984 (Ar. 1204) y otras que ella menciona.

¹⁶³¹Es un criterio unánimemente compartido por doctrina y jurisprudencia. Vid. por todos GARRIGUES/ URIA: Comentario a la LSA. II. Madrid, 1976, pág.485; ILLESCAS ORTIZ: Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales. cit. pág.190.

seno de la sociedad¹⁶³².

Entre los derechos de participación en la gestión nos hallamos con el derecho de asistencia a las juntas, derecho sustancial inherente a la condición de socio¹⁶³³. Todas las acciones llevan aparejado este derecho, incluidas las acciones sin voto (artículo 92. 1 LSA) y las incursas en mora por impago de dividendos pasivos (artículo 44. 1 LSA). Salvo supuestos excepcionales, como en casos de usufructo o prenda de acciones, nadie que no sea socio puede asistir a la junta general con voz y voto. Sin embargo, junto a los accionistas hay otras personas que pueden¹⁶³⁴ o deben asistir a la junta, pero sólo con voz, como por ejemplo los accionistas titulares de acciones sin voto¹⁶³⁵, el comisario del sindicato de obligacionistas¹⁶³⁶, los titulares de bonos de disfrute, los administradores¹⁶³⁷ y,

¹⁶³²Cfr. VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º. 1991*, cit. pág.505.

¹⁶³³URIA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: *La junta general de accionistas*. cit. pág.151.

¹⁶³⁴Artículo 104. 3 LSA: "El presidente de la junta general podrá autorizar la asistencia de cualquier otra persona que juzgue conveniente. La junta, no obstante, podrá revocar dicha autorización".

¹⁶³⁵Los titulares de las acciones sin voto pueden ejercitar los demás derechos del accionista, tanto individuales como de minoría, excepto el de voto. Cfr. por todos VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º. 1991*, cit. pág.537.

¹⁶³⁶El comisario del sindicato de obligacionistas tiene derecho inderogable de asistencia a la junta de la sociedad emisora, con voz y sin voto, en los términos previstos por el artículo 303 LSA: "2. En todo caso, el comisario será el órgano de relación entre la sociedad y el sindicato y, como tal, podrá asistir, con voz y sin voto, a las deliberaciones de la junta general de la sociedad emisora, informar a ésta de los acuerdos del sindicato y requerir de la misma los informes que, a su juicio, o al de la asamblea de obligacionistas, interesen a éstos".

¹⁶³⁷El artículo 104. 2 LSA establece que "los administradores deberán asistir a las juntas generales...".

en su caso, los directores, gerentes y demás técnicos¹⁶³⁸.

El artículo 105 LSA permite que los Estatutos limiten el ejercicio del derecho de asistencia, en el sentido de exigir la posesión de un número mínimo de acciones para asistir a la Junta, limitación que tiene un tope fijado por el propio precepto en beneficio de los accionistas minoritarios y consistente en que el mínimo establecido no puede ser superior al uno por mil del capital social. Por otra parte, la medida limitativa adoptada en su caso por los estatutos debe afectar, como señala el artículo 105 LSA, "a todas las acciones, cualquiera que sea su clase o serie"¹⁶³⁹. En esta misma línea limitativa del ejercicio del derecho de asistencia, el artículo 104 LSA autoriza a los estatutos a condicionar dicho ejercicio a la legitimación anticipada¹⁶⁴⁰. Se trata, en fin, de reconocer el ejercicio del derecho a aquellos accionistas que acrediten, con antelación a la fecha de reunión, que cumplen las condiciones exigidas para poder asistir a la junta¹⁶⁴¹. La

¹⁶³⁸Artículo 104. 2 LSA: "...Los estatutos podrán autorizar u ordenar la asistencia de directores, gerentes, técnicos y demás personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales".

¹⁶³⁹Vid. la STS (Sala 1ª) de 7 mayo 1982 (Ar. 2556).

¹⁶⁴⁰Artículo 104 LSA: "1. Los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista, pero en ningún caso podrán impedir el ejercicio de tal derecho a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta, ni a los tenedores de acciones al portados que, con la misma antelación, hayan efectuado el depósito de sus acciones o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada, en la forma prevista por los estatutos. Si los estatutos no contienen una previsión a este último respecto, el depósito podrá hacerse en el domicilio social...".

¹⁶⁴¹Como resulta de la interpretación conjunta de los artículos 104 LSA y 126. 3 del RRM, en los Estatutos se expresará el modo y el plazo para acreditar la legitimación. En caso de exigirse la obtención de una tarjeta de asistencia, también se determinará en los Estatutos la forma de obtenerla. Por otra

doctrina mercantilista niega que pueda impedirse la asistencia a la junta a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por anotaciones en cuenta que, si bien no han retirado la tarjeta, disponen del documento acreditativo de la inscripción, ni a los tenedores de acciones al portador que hayan efectuado el depósito de las acciones en los términos previstos por el citado artículo 104 LSA¹⁶⁴². La negación de los administradores al ejercicio del derecho de asistencia en este supuesto podría constituir el delito que nos ocupa, siempre en caso de concurrir los demás requisitos típicos. Y lo mismo sucede en el supuesto del accionista al que no se le ha entregado la tarjeta de asistencia que ha solicitado en tiempo y forma, puesto que si se le niega el acceso a la Junta se produce una privación del derecho de asistencia que invalida la constitución de la junta, con la consiguiente nulidad de los acuerdos sociales¹⁶⁴³. Y es que, como señala el artículo 104 LSA, háyase o no condicionado el derecho de asistencia a la previa legitimación de los accionistas, en ningún caso se podrá privar de este derecho a los accionistas que cumplan con lo establecido en este precepto.

El derecho de representación, también incluido entre los derechos de participación en la gestión, se regula en los artículos 106 y 108 LSA¹⁶⁴⁴. El apartado 1 del artículo 106.

parte, los Estatutos no pueden exigir que la legitimación se acredite con una antelación de más de cinco días, según señala, entre otros, OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.81.

¹⁶⁴²Cfr. OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.81. Y ello puesto que la entrega de tarjetas de asistencia que la sociedad remite a cada accionista tiene la finalidad de facilitar el cumplimiento de estos requisitos, no de establecer condiciones más onerosas.

¹⁶⁴³Vid. SSTs (Sala 1ª) de 2 abril (Ar. 1607) y 11 mayo 1976 (Ar. 1996).

¹⁶⁴⁴Vid. ampliamente OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. págs.82 y siguientes; VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º.

declara inderogable el derecho de todo accionista con derecho de asistencia a hacerse representar por otro en la Junta general. Al hablar de accionista con derecho de asistencia se incluyen tanto los accionistas titulares de acciones sin voto como los accionistas morosos en el pago de los dividendos pasivos. El ejercicio del derecho de representación puede ser limitado estatutariamente, exigiendo la LSA que en los Estatutos se exprese el contenido de la limitación¹⁶⁴⁵. Ahora bien, el artículo 108 LSA regula dos supuestos en los que no juegan las restricciones establecidas en los artículos 106 y 107. En primer lugar, si se limita estatutariamente el derecho de representación del accionista, tal limitación no entra en juego cuando el representante sea cónyuge, ascendiente o descendiente del representado y, en segundo lugar, cuando el representante tiene un poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tenga en el territorio nacional¹⁶⁴⁶. Naturalmente, las prescripciones que la LSA establece en orden a la representación voluntaria de los socios en las Juntas generales no rigen frente a los representantes legales de los accionistas menores, incapacitados, etc., ni frente a quienes estatutaria o legalmente ostentan la representación de las personas jurídicas accionistas.

El derecho de voz, o derecho a intervenir en los debates

1991, cit. págs.517 y siguientes.

¹⁶⁴⁵Vid. artículos 106. 1 y 126. 4 LSA. Generalmente, el contenido de la limitación se refiere a la capacidad para ser representante. En principio, pueden ser representantes las personas físicas y jurídicas, accionistas o no. Vid. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º.** 1991, cit. págs.519 y siguiente. Cabe establecer, sin embargo, que se requiera para ser representante la condición de accionista, la de persona física, la de ser accionista desde un tiempo determinado, etc. Cfr. OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): **Estudios sobre la SA. II.** cit. pág.82.

¹⁶⁴⁶Vid. VICENT CHULIA: **Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º.** 1991, cit. págs.523 y siguiente.

que se susciten en la junta sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, no está expresamente reconocido como tal en la LSA pero su existencia se presupone en diversos preceptos de ésta y del RRM¹⁶⁴⁷. Este derecho no es absoluto en el sentido de que se pueda hacer uso del mismo sin ningún tipo de limitación, ya que el uso interminable de la palabra podría prolongar la Junta hasta extremos inaceptables. Por esta razón, los Estatutos suelen conceder al presidente de la Junta la facultad de moderar los debates, estableciendo turnos a favor y en contra de las correspondientes propuestas, así como la de dar por suficientemente debatido un asunto. Ahora bien, tanto en el ejercicio del derecho de voz como en su moderación debe procederse de acuerdo con el principio de la buena fe, y ejercitando ambos derechos de manera no abusiva. "Porque si es cierto que en muchas ocasiones la presidencia de la Junta impide un verdadero debate sobre algún punto del orden del día, no es menos cierto que, en otras, es la minoría la que <<prefabrica>> una limitación de su derecho de voz para tener un motivo aparente para impugnar el correspondiente acuerdo"¹⁶⁴⁸. A diferencia del derecho de asistencia, sólo los accionistas con derecho de voto tienen derecho de voz¹⁶⁴⁹.

El derecho que tiene todo socio de participar con su voto en la formación de la voluntad social permite una mínima oportunidad de participar en la gestión de la sociedad y de fiscalizar la actuación de los administradores. El derecho de

¹⁶⁴⁷Así, en la letra i) del artículo 9 LSA se habla del modo de deliberar; en el artículo 112. 1 LSA se reconoce a los accionistas el derecho a solicitar "verbalmente" durante la Junta los informes o aclaraciones que estimen precisos sobre los asuntos del orden del día; y, ya por último, los artículos 97. 5 y 102. 5 RRM exigen que consten en el acta de la Junta las intervenciones de los que hayan solicitado su constancia en la misma.

¹⁶⁴⁸OTERO LASTRES en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. pág.92.

¹⁶⁴⁹Cfr. VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1°. 1991, cit. pág.509.

voto es, por otro lado, un derecho en cierto modo intangible: no son admisibles privilegios que directa o indirectamente lo disminuyan, ni los Estatutos pueden limitarlo por razón de sexo, edad, nacionalidad, domiciliación, etc., sino únicamente "fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo" (artículo 105 LSA)¹⁶⁵⁰. Ahora bien, una cosa es el derecho de voto y otra su ejercicio. Como ya hemos visto, los Estatutos pueden exigir la posesión de un número mínimo de acciones, no superior al uno por mil del capital social, para asistir a las Juntas generales y ejercer personalmente el derecho de voto, quedando facultados entonces los accionistas que no reúnan el número de acciones suficiente para agrupar sus títulos y conferir la representación a uno de ellos, que concurre a la Junta y ejercita en ella los derechos de voto correspondientes a las distintas acciones agrupadas.

El derecho de voto se configura en la LSA como un derecho personal e intransferible separadamente de la acción. Hasta tal punto es así que se considera válida y eficaz la transmisión fiduciaria de acciones a una persona de confianza ("*fiducia cum amico*") o a un acreedor en garantía del pago de deudas del accionista ("*fiducia cum creditore*"), ya que externamente nada revela que la titularidad del adquirente es anulable. El accionista fiduciario no es accionista ficticio, sino verdadero accionista propietario efectivo de las acciones, tanto en las relaciones externas como en las internas, e interviene en las juntas por derecho propio¹⁶⁵¹. La sociedad no podrá ignorar la legitimación como accionista del fiduciario aunque la situación

¹⁶⁵⁰Con esta medida se pretende recortar la influencia de los grandes accionistas en el seno de las Juntas generales, facilitando la defensa de las minorías frente a la acumulación de grandes poderes sociales y administrativos en una sola mano. Vid. ampliamente, VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. I. 1º. 1991, cit. págs.512 y siguientes.

¹⁶⁵¹Cfr. URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ: *La junta general de accionistas*. cit. págs.217 y siguiente; VERDERA: *La simulación en la anónima*. "RDM" 1949, pág.394.

llegue a su conocimiento¹⁶⁵². Este supuesto debe distinguirse del accionista "ficticio o "aparente", a quien se le hace una mera entrega material de acciones al portador con el fin de que asista y vote en la Junta en nombre propio y por cuenta del verdadero accionista. El accionista ficticio no es titular legítimo de las acciones (artículo 48. 1 LSA). Ahora bien, discute la doctrina mercantil las consecuencias de su actuación frente a la sociedad. Un sector de la doctrina estima que se trata de un supuesto de simulación, de forma que su designación constituye un motivo de nulidad de la junta y del acuerdo social¹⁶⁵³. El accionista ficticio o aparente está externamente legitimado pero no es socio y, por tanto, su voto es intrínsecamente nulo, y sólo podrá ser computado mientras no se destruya esa apariencia¹⁶⁵⁴. Considero preferible esta tesis a la que afirma que el accionista ficticio no puede ser calificado en todo caso como tenedor simulado de acciones porque la sociedad no tiene que investigar si a la tenencia de las acciones se une el derecho de propiedad sobre ellas, bastándole la legitimación externa para considerarlo accionista, aunque no lo sea. En consecuencia, se estima que sólo en el supuesto de que la intervención del accionista ficticio tenga como finalidad burlar la ley o los estatutos puede viciar de nulidad el acuerdo de la Junta, siempre que su voto haya sido decisivo para formar la mayoría¹⁶⁵⁵.

Aun siendo consustancial el derecho de voto con la condición de socio, la LSA prevé algunos supuestos en los que

¹⁶⁵²Cfr. VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1°. 1991, cit. pág.509.

¹⁶⁵³Cfr. URÍA: Derecho Mercantil. cit. pág.688; VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1°. 1991, cit. pág.510.

¹⁶⁵⁴Vid. ampliamente URÍA/ MENENDEZ/ MUÑOZ: La Junta general de accionistas. cit. págs.214 y siguientes.

¹⁶⁵⁵En este sentido, vid. GARRIGUES: Negocios fiduciarios. 2ª ed. Madrid, 1955, pág.50; RODRIGUEZ: Tratado de Sociedades Mercantiles. I. México, 1947, pág.500.

no podrá ser ejercitado, de forma que la negación de su ejercicio será legítima. Así sucede en el caso de mora por parte del socio en el pago de los dividendos pasivos (artículo 44 LSA)¹⁶⁵⁶, y en el caso de las acciones sin voto. Ahora bien, en este último supuesto debe destacarse que realmente no estamos ante acciones despojadas de modo total y definitivo del derecho de voto, sino ante acciones cuyos titulares quedan privados del ejercicio de dicho derecho mientras la sociedad cumpla las prestaciones económicas especiales y periódicas que la ley establece a su favor, a modo de contraprestación por la suspensión del ejercicio de ese derecho. De ahí que, si se produce el incumplimiento por la sociedad, renazca automáticamente el derecho de voto (artículo 91 LSA). Igualmente renace el derecho de voto en el caso de amortización de todas las acciones ordinarias por consecuencia de reducción de capital por pérdidas, en cuyo momento "las acciones sin voto tendrán este derecho hasta que se restablezca la proporción prevista legalmente con las acciones ordinarias" (artículo 91. 2 LSA).

Bajo la expresión "derechos de control de la actividad social" se incluyen los derechos de información y de examen, derecho a que se practique una auditoría, ordinaria o especial, y el derecho de impugnación de los acuerdos de los órganos sociales.

Con respecto al derecho de información se produce una superposición en el tipo penal, puesto que previamente ha sido citado de forma individual.

El derecho de examen ha ampliado extraordinariamente su radio de acción. En relación con el estado de la legislación mercantil anterior a la reforma de 1989, interesa destacar en

¹⁶⁵⁶La privación del ejercicio del derecho de voto constituye en este supuesto una medida coactiva que tiende a procurar la máxima diligencia en el cumplimiento del deber de aportación. Cfr. URIA: Derecho Mercantil. cit. pág.270?.

primer lugar que se ha enriquecido el panorama de fuentes informativas de que dispone el accionista: su derecho de examen y consulta de documentos e informes no se limita a los clásicos documentos contables del viejo artículo 110 LSA 1951¹⁶⁵⁷, sino que, en relación con la junta que aprueba las cuentas anuales, se añade el informe de gestión (artículo 212. 2 LSA). Por otra parte, en relación con algunos documentos ya previstos en la legislación anterior, se exige un mayor contenido informativo¹⁶⁵⁸.

Son muy numerosas las situaciones que dan origen al derecho de examen de los socios:

a) en relación con las cuentas de los grupos de sociedades, que corresponde aprobar a la Junta general ordinaria de la sociedad dominante, se reconoce a los accionistas de las sociedades pertenecientes al grupo el derecho a obtener de la sociedad dominante los documentos sometidos a la aprobación de la Junta general y el informe de los auditores de cuentas (artículo 42. 6 C.co.).

b) En caso de modificación de estatutos, corresponde a todos los socios el derecho a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y el informe escrito de justificación que deben elaborar los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta (artículo 144. 1. c) LSA).

c) En caso de aumento de capital con aportaciones no dinerarias deberá ponerse a disposición de los accionistas un informe de los administradores en el que se describirán con

¹⁶⁵⁷Balance, cuenta de pérdidas y ganancias, propuesta sobre distribución de beneficios, y memoria, a los cuales añadía el artículo 212. 2 el informe de los censores.

¹⁶⁵⁸Vid. ESTEBAN VELASCO en ALONSO UREBA y otros: Derecho de SA. II. Vol. 1. cit. págs.204 y siguiente.

detalle determinados datos que exige la ley en relación con la operación (artículo 155. 1 LSA). No queda claro en la LSA, sin embargo, si el informe de los expertos independientes, exigido según el artículo 38, debe ponerse a disposición de los accionistas¹⁶⁵⁹.

d) En caso de fusión y escisión el derecho de examen, que se amplía a otros titulares específicos distintos de los accionistas, se extiende a una larga serie de documentos que menciona el artículo 238 LSA¹⁶⁶⁰ (artículo 240. 2 LSA), y en los que se centra la mayor innovación del nuevo régimen jurídico de estas figuras¹⁶⁶¹. Además de una específica obligación de información a la junta de su sociedad, a cargo de los administradores de las sociedades que se fusionan, sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del

¹⁶⁵⁹A favor, vid. ESTEBAN VELASCO en ALONSO UREBA y otros: Derecho de SA. II. Vol. 1. cit. págs.205 y siguientes, quien efectúa una interpretación histórica, sistemática y finalista.

¹⁶⁶⁰El artículo 238 LSA menciona el proyecto de fusión; los informes de los expertos independientes y de los administradores de cada una de las sociedades sobre dicho proyecto; las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que participan en la fusión, con el correspondiente informe de los auditores de cuentas; el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado por la junta, acompañado del informe que sobre su verificación deben emitir, en su caso, los auditores de cuentas de la sociedad; el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los estatutos de la sociedad absorbente; los estatutos vigentes de las sociedades que participan en la fusión; la relación de nombres, apellidos y edad, si fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si fueran personas jurídicas y, en ambos casos, la nacionalidad y domicilio de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión.

¹⁶⁶¹Vid. ampliamente LARGO GIL: La información de los accionistas en la fusión de sociedades. cit. págs.287 y siguientes.

proyecto de fusión y la de la reunión de la junta (artículo 238. 2 LSA), se reconoce a los accionistas el derecho a obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión (artículo 242 LSA).

e) En caso de supresión del derecho de suscripción preferente, se debe poner a disposición de los accionistas un informe elaborado por los administradores, en el que se justifiquen detalladamente la propuesta y el tipo de emisión de las acciones, con indicación de las personas a las que habrá de atribuirse, y un informe elaborado bajo su responsabilidad por el auditor de cuentas de la sociedad sobre el valor real de las acciones de la sociedad y sobre la exactitud de los datos contenidos en el informe de los administradores (artículo 159. 1 b) LSA).

f) En caso de emisión de obligaciones convertibles (artículo 292 LSA), el aumento de capital ha de hacerse con los requisitos de toda modificación estatutaria (artículos 152 y 144 LSA), y por tanto los accionistas tienen derecho a examinar los informes de los administradores y de los auditores sobre bases y modalidades de la conversión.

g) En caso de adquisiciones onerosas se dispone la posibilidad de consulta de los informes de los administradores y auditores a partir de la convocatoria de la Junta general (artículo 41. 1 LSA).

h) Con carácter general, se admite el derecho a solicitar el examen del libro registro de acciones nominativas (artículo 55. 3 LSA).

En algunos de estos supuestos se han ampliado las facultades de los socios al reconocer no sólo el derecho de examen en los locales de la sociedad, sino también de obtener copia y así poder retirar los documentos, o de pedir envío a

su domicilio, siempre sin coste para el socio¹⁶⁶².

Ya por último, el carácter soberano de la junta y el postulado de la sumisión de los socios al voto de la mayoría no han impedido nunca que la doctrina y la jurisprudencia mercantil hayan sostenido la necesidad de conceder al socio el derecho de impugnación de los acuerdos ilegales de la junta. La LSA vigente, como hemos visto, instrumenta un sistema eficaz para constreñir a los poderes mayoritarios a no rebasar en su actuación los límites de sus propias facultades. Ahora bien, "no procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro", recogiendo así la posibilidad de rectificar acuerdos de dudosa licitud o que pudieran dar lugar a impugnaciones interesadas.

Para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales anulables están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubieren hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionistas ausentes¹⁶⁶³, los que hubiesen sido ilegítimamente privados del derecho de voto y los administradores (artículo 117. 2 LSA).

Cuando se trate de impugnar acuerdos nulos, "están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo" (artículo 117. 1 LSA).

Se excluyen del ámbito de aplicación del tipo penal societario las conductas de los administradores contrarias al

¹⁶⁶²Así, en los casos de modificación de estatutos (artículo 144. 1. c) LSA) y de fusión y escisión (artículos 240 y 254 LSA), los accionistas pueden obtener la entrega o el envío gratuito del texto íntegro de los documentos e informes en cuestión.

¹⁶⁶³El concepto de accionista ausente sólo comprende a quien tenga la condición de accionista al tiempo de la celebración de la junta, pero no al que ha adquirido las acciones con posterioridad a ésta. Vid. SSTs (Sala 1ª) 7 febrero 1959 (Ar. 464) y 24 octubre 1967 (Ar. 4032).

ejercicio del derecho del socio al dividendo¹⁶⁶⁴, del derecho de suscripción preferente, del derecho a la cuota de liquidación, a separarse de la sociedad en los casos previstos (artículo 147 LSA), a recibir los títulos de las acciones cuando éstos se emitan (artículo 52. 2 LSA), a obtener certificación de las acciones nominativas inscritas a su nombre (artículo 55. 5 LSA), a transferir sus participaciones sin perjuicio de las limitaciones legales y estatutarias (artículos 56 y 63 y siguientes LSA), a constituir derechos reales sobre las mismas (artículos 66 y siguientes), etc.

Como cabe observar, se excluyen del ámbito de aplicación del precepto penal societario una serie de derechos de semejante o superior envergadura que los incluidos. Quedan excluidos de principio todos los derechos patrimoniales, expresión con la que se designan los derechos de participación en el patrimonio de la sociedad, tanto en los beneficios repartibles como en el patrimonio resultante de la liquidación¹⁶⁶⁵, a los que se añade el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones. Y ello aun cuando la doctrina no duda en afirmar que el derecho a participar de las ganancias sociales es el derecho material más importante del accionista¹⁶⁶⁶. Observando esta restricción del objeto material del delito, la enmienda núm.399, presentada por el

¹⁶⁶⁴Sobre la distinción tradicional en la doctrina entre un derecho abstracto a participar en el reparto de las ganancias sociales y un derecho concreto del socio al dividendo, vid. ampliamente GARRIDO CHAMORRO en GARRIDO DE PALMA (dir.): Estudios sobre la SA. II. cit. págs.239 y siguientes; VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1°. 1991, cit. págs.488 y siguientes.

¹⁶⁶⁵Cfr. BROSETA PONT: Manual de Derecho Mercantil. 1994, cit. pág.264; DUQUE DOMINGUEZ en ALONSO UREBA y otros: Derecho de SA. II. Vol. 1. cit. pág.57.

¹⁶⁶⁶Cfr. GARCIA LUENGO/ SOTO VAZQUEZ: El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima. cit. pág.253. Vid. también BROSETA PONT: Manual de Derecho Mercantil. 1994, cit. pág.264, citando a RUBIO.

Grupo Popular, propuso sustituir la expresión "el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las Leyes", por la más amplia "ejercicio de los derechos reconocidos a éste (al socio) por la legislación mercantil".

Ahora bien, en una interpretación atenta al sustrato mercantil de toda la regulación, es posible encontrar una justificación a esta aparente "discriminación" del pre-legislador entre los derechos patrimoniales y los derechos administrativos. Y es que si bien, como ya he adelantado, todos los derechos reconocidos a los socios en la LSA son irrenunciables en abstracto, algunos sí pueden ser renunciables en concreto, es decir, ante cada oportunidad de ejercicio. Estos derechos renunciables en concreto son los de contenido esencialmente patrimonial, aunque envuelvan también la posición política del socio, como ocurre con el de suscripción preferente¹⁶⁶⁷. No son renunciables en concreto, por afectar directamente a los principios configuradores de la SA, los derechos de contenido político. Así sucede con respecto a los derechos de asistencia, representación, información, voz y voto en la junta general.

El concepto de reiteración se sitúa en el terreno de lo fáctico, siendo distinto del concepto de reincidencia, que hace referencia a un tipo normativo de autor¹⁶⁶⁸. Ante su indeterminación, señala la doctrina que no se sabe si se trata de dos comportamientos, o al menos de tres, como se exige para los delitos de usura y receptación¹⁶⁶⁹. Así, en el delito de

¹⁶⁶⁷Cfr. VICENT CHULIA: Compendio crítico de Derecho Mercantil. I. 1º. 1991, cit. pág.484.

¹⁶⁶⁸Cfr. ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: Derecho Penal. Parte Especial. 1993, cit. pág.995.

¹⁶⁶⁹Cfr. SERRANO GOMEZ: Responsabilidad penal de administradores de sociedades o auditores de cuentas. cit. marginal 398.

usura doctrina y jurisprudencia vienen sosteniendo, apoyándose en diversos fundamentos, que tiene que darse un mínimo de tres préstamos usurarios¹⁶⁷⁰. Ahora bien, afirma MARTINEZ-PEREDA¹⁶⁷¹ que bastan dos actuaciones, lo que coincide con el sentido gramatical del vocablo, que significa volver a repetir una conducta. Esta es la posición que nos parece preferible por ajustarse a una interpretación gramatical del término.

El precepto no exige la causación de un perjuicio para estimarse consumado. Quizás hubiera sido conveniente, para delimitar el tipo, exigir dicho perjuicio, si bien puede estimarse que concurre siempre que el socio vea impedido o negado el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social reconocidos por las leyes.

La enmienda núm.399, presentada por el Grupo Popular, propuso la inclusión, en el artículo que estudiamos, de una cláusula del siguiente tenor: "causándole (al socio) un perjuicio no reparable por las vías previstas en la legislación reguladora de la sociedad de que se trate".

Esta no exigencia de la causación de un perjuicio en el artículo 295 lo convierte en un delito de simple actividad. Para JESCHECK, la diferencia entre delitos de resultado y de simple actividad se encuentra en que los primeros exigen un efecto sobre el objeto de la acción espacio-temporalmente

¹⁶⁷⁰Vid. por todos QUINTANO RIPOLLES: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*. III. 1965, cit. págs.291 y siguientes; GARCIA ARAN, M.: *Sentido actual y contenido material de la incriminación de la usura*. "RFDUC" núm.6, 1983, pág.304; RODRIGUEZ DE VESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.562. Vid. también las SSTs 12 noviembre 1963 (Ar. 4496), 18 mayo 1970 (Ar. 2138), 15 junio 1971 (Ar. 2876) y 4 diciembre 1979 (Ar. 4550), entre otras.

¹⁶⁷¹Cfr. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: *Los delitos societarios en el PLOCP*. cit. pág.194. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*. cit. pág.89.

separable de ella, mientras que los segundos se agotan en la realización de la acción. Dice el autor alemán que, si bien es posible que en un delito de simple actividad la sola ejecución de la conducta típica implique ya la perturbación del objeto de la acción (como ocurre en el precepto que nos ocupa, puesto que el negar o impedir el ejercicio de los derechos mencionados supone ya su perturbación), lo determinante es que dicha perturbación no forma parte del tipo, no es una exigencia para la consumación del delito¹⁶⁷².

Las propias características del bien jurídico penalmente protegido hacen que su lesión no se configure como un suceso espacio-temporalmente distinguible de la propia acción que pueda ser considerado como un resultado típico.

El considerar que se trata de un delito sin resultado típico no impide afirmar que constituye también un delito de lesión. En efecto, el bien jurídico penalmente protegido, consistente en el ejercicio de los derechos administrativos que corresponden al socio de una sociedad mercantil, resulta lesionado por la conducta típica. Esta afectación del bien jurídico no aparece como un suceso espacio-temporalmente distinto de la acción y causado por ella.

Con respecto al aspecto subjetivo del delito, cabe señalar que la introducción del adverbio "maliciosamente" obliga a considerar que es preciso el dolo directo, de primer o segundo grado, excluyendo en todo caso el dolo eventual. Como señala TERRADILLOS BASOCO¹⁶⁷³, "actuar maliciosamente es actuar con consciencia de la ilegalidad de la negativa o impedimento".

Los verbos "negar" e "impedir" contienen asimismo un

¹⁶⁷²Cfr. JESCHECK: Tratado de Derecho Penal. 1993, cit. págs.237 y siguiente.

¹⁶⁷³TERRADILLOS BASOCO: Derecho penal de la empresa. cit. pág.89.

fuerte componente subjetivo. Como ya hemos visto, ello no obliga a afirmar la presencia de un particular elemento subjetivo del injusto. Ahora bien, se trata de verbos que contribuyen a fundamentar la exigencia de concurrencia del dolo directo.

9. 4. EL DELITO DE ADMINISTRACION SOCIAL FRAUDULENTA: ARTICULO 296.

Con respecto a la regulación de la administración social fraudulenta en el PCP de 1992, la doctrina coincidía en afirmar que la descripción típica no resultaba plenamente correcta. Pese a ello, no era posible tachar de superflua la nueva figura que se proponía¹⁶⁷⁴, puesto que permitía cubrir áreas de criminalidad diversa a las ya definidas por los delitos patrimoniales tradicionales. Ahora bien, sin perjuicio de todo lo anterior, es lamentable que no se aprovechara la redacción de un nuevo Proyecto para formular el delito de administración fraudulenta como un tipo de peligro concreto para el patrimonio, en el cual se englobaran todas aquellas operaciones de riesgo para el patrimonio social que realicen los administradores violando los deberes que les incumben, las cuales son ya penalmente sancionadas en el Derecho comparado. Esta anticipación de la línea de intervención penal podría compensarse a su vez por otros medios.

Aparecían en la figura delictiva contenida en el artículo

¹⁶⁷⁴Como hacía, por ejemplo, DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO: **Los delitos societarios en la reforma penal**. cit. pág.162, al afirmar que "estamos ante un supuesto similar a la apropiación indebida del actual art. 535 del C.P., ahora como comportamiento realizado dentro de una sociedad mercantil". Menos radical, SERRANO GOMEZ: **Responsabilidad penal de administradores de sociedades y auditores de cuentas**. cit. marginales 397 y siguiente, consideraba que "en buena parte esos comportamientos se resolverían a través del delito de apropiación indebida por los beneficios obtenidos y no ingresados en la sociedad".

302 del PCP de 1992 una serie de elementos que nos permitían diferenciarla de la apropiación indebida y afirmar su autonomía. Entre ellos, por ejemplo, que el bien jurídico del artículo 302 no estaba constituido por el derecho de propiedad, sino por el patrimonio, punto en el que se diferencia del delito de apropiación indebida y se aproxima, en cambio, al delito de estafa¹⁶⁷⁵.

Con respecto al número 2 del artículo 302, que preveía una reducción de la pena "si el administrador utilizase el capital o bienes de la Sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior", se ha criticado la no explicitación en el tipo de una concreción del peligro¹⁶⁷⁶. Aparecía aquí un delito de peligro abstracto y de mera actividad en el que tenían cabida los comportamientos más variopintos, al carecer de la más mínima precisión. Se podía llegar a la punición de meras infracciones formales, como sería el caso de la negociación del administrador con la sociedad con tales garantías y

¹⁶⁷⁵MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.321.

¹⁶⁷⁶Pone de manifiesto MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.333 y siguiente, que el pre-legislador, tratando de hacerse eco de las críticas formuladas a los tipos societarios de lesión, no se ha atrevido, sin embargo, a crear un delito de administración social fraudulenta de peligro concreto, sino únicamente a configurar un tipo atenuado sobre la base del peligro. No obstante, se ha ido demasiado lejos, ya que en dicho tipo atenuado no se explicita la concreción del peligro; se exige únicamente el beneficio propio que no es, téngase bien en cuenta, el reverso del perjuicio ajeno. Vid. TERRADILLOS BASOCO: Delitos financieros. cit. págs.860 y siguiente, quien, comentando la regulación del delito de administración social fraudulenta en la PANCP (artículo 297), proponía la penalización de la disposición, por parte de los directivos, de fondos o créditos de la sociedad en operaciones que comportaran un riesgo para los intereses sociales, no consentido por las reglas de la actividad gestora normal, a fin de procurarse un beneficio propio de cualquier naturaleza, siguiendo la sugerencia efectuada por MARINUCCI/ROMANO: Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni. cit. pág.117.

contraprestaciones ventajosas para ésta que la idea del riesgo quedase totalmente desechada, con lo cual desaparecería la justificación de la punición¹⁶⁷⁷. Como afirma MARTINEZ PEREZ¹⁶⁷⁸, se ampliaba desmesuradamente la línea de punibilidad en un cuerpo legal no caracterizado precisamente por una decidida vocación represora en materia de delitos patrimoniales y económicos.

Sorprendía sin embargo que en el tipo atenuado del segundo párrafo el objeto material y el sujeto pasivo se restringieran al "capital o bienes de la Sociedad", restricción que contribuía a configurar un tipo sustancialmente diferente del contenido en el párrafo primero, del cual se distinguía no sólo por la ausencia del perjuicio patrimonial sino también por la restricción del objeto material y del círculo de sujetos pasivos¹⁶⁷⁹.

Ahora bien, el PCP de 1994 da un vuelco completo a la regulación de la administración social fraudulenta al optar por un modelo diferente de tipificación. En efecto, el artículo 296 introduce al menos dos modificaciones sustanciales que permiten afirmar la creación de un delito societario absolutamente novedoso: la configuración del tipo como puramente resultativo, cuya conducta típica consiste en causar un perjuicio, y la exigencia de que el resultado lesivo se lleve a cabo "con abuso de confianza". Otra serie de modificaciones de menor entidad contribuyen a fundamentar esta impresión de un cambio de orientación del pre-legislador en la tipificación de la administración social fraudulenta: así, la restricción de los sujetos pasivos a la sociedad y a los socios, la alternatividad

¹⁶⁷⁷Vid. PEDRAZZI: L'abuso del patrimonio sociale ad opera degli amministratori. cit. pág.581.

¹⁶⁷⁸MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.333.

¹⁶⁷⁹Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.328 y siguiente.

entre las penas de prisión y multa y la desaparición de la pena principal de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria.

La nueva descripción de la conducta típica nos sitúa ante un supuesto arquetípico de los denominados tipos prohibitivos de causación o resultativos, en los que la acción típica, como señala DIEZ RIPOLLES¹⁶⁸⁰, "debe precisarse a partir de la utilización casi en exclusiva por el precepto de un verbo que enfatiza el resultado típico al que se ha de dar lugar con el comportamiento". El verbo "causare" denota el resultado material, dando cobertura típica a cualquier comportamiento que tenga virtualidad causal respecto al perjuicio, sin proceder a una ulterior delimitación típica de la acción.

Esta estructura típica asemeja el tipo español de administración social fraudulenta al tipo de la ruptura de la fidelidad o de la deslealtad (*Treubruchtatbestand*) del parágrafo 266 StGB alemán, que sanciona, como sabemos, a quien "lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la Autoridad, negocio jurídico o relación de fidelidad, y de ese modo cause un perjuicio a los intereses patrimoniales que él tenía que cuidar". Este tipo, de forma similar al nuevo precepto español, pretende preservar el patrimonio de las agresiones que se producen en la esfera interna de la sociedad, "habida cuenta que en él se sanciona a quien lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos"¹⁶⁸¹.

El análisis del tipo objetivo de la administración social

¹⁶⁸⁰En DIEZ RIPOLLES/ GRACIA MARTIN: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. 1993, cit. pág.327. Vid. también MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*. 1990, cit. pág.218.

¹⁶⁸¹MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.271 y siguiente. Vid. *supra*.

fraudulenta está condicionado por su carácter de tipo puramente resultativo. Tal naturaleza obliga a determinar previamente los resultados típicos para, a partir de ellos, preguntarnos por cuáles sean los comportamientos que pueden dar lugar a ellos, debiendo ser considerados, por consiguiente, típicos.

El resultado material está constituido por la causación de un perjuicio.

Como en el PCP de 1992, el pre-legislador de 1994 ha optado por configurar un delito de resultado material, toda vez que para su consumación el tipo exige que se cause un efectivo perjuicio a los sujetos pasivos que menciona. Ahora bien, el artículo 296 no explicita en qué ha de consistir el "perjuicio" necesario para la realización del tipo. No es problemática la proyección del precepto en la línea de proteger los intereses patrimoniales de la sociedad o los socios¹⁶⁸², en cuyo caso el delito exige la producción de un resultado material de lesión, pero cabe también la posibilidad de tener en cuenta la aparición de otro tipo de perjuicios sin trascendencia patrimonial¹⁶⁸³. De este modo el injusto adolece de falta de

¹⁶⁸²Por la naturaleza normalmente económica de la sociedad mercantil, sólo a duras penas sería posible imaginar relaciones que carezcan del requisito de la patrimonialidad. Cfr. DUQUE DOMINGUEZ: *Tutela de la minoría*. cit. pág.132.

Sobre la noción del perjuicio patrimonial en el delito de *Untreue*, vid. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.276 y siguientes. La doctrina alemana mayoritaria se remite a la definición que se efectúa para el delito de estafa. Vid. por todos LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (págs.1129 y siguiente); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.39; SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm.* II. BT. 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.37.

¹⁶⁸³Como ha señalado el TS, en STS 24 febrero 1991 (Ar. 1121), analizando el elemento subjetivo del delito de apropiación indebida, éste "ha de entenderse en un sentido muy amplio, equivalente a cualquier ventaja propia o ajena, utilidad o beneficio de la más diversa entidad, incluyendo los supuestos de intención posterior de beneficencia o liberidad". En esto se diferencia el precepto societario español del parágrafo 266 StGB, que sanciona a quien, abusando de la facultad de disponer de

taxatividad, sin lograrse con la exigencia de causación del perjuicio la conveniente restricción de conductas merecedoras de ser elevadas a la categoría de delito¹⁶⁸⁴.

El perjuicio patrimonial típico puede consistir no sólo en una minoración del patrimonio, sino también en la ausencia de un incremento patrimonial esperado; como reconoce la doctrina alemana en sus comentarios al delito de *Untreue*¹⁶⁸⁵. En este sentido, no obstante, se afirma mayoritariamente que, de acuerdo con los criterios formulados en relación con el delito de estafa, para el cumplimiento de este requisito típico no es suficiente una vaga esperanza de conseguir una ventaja patrimonial, sino que es necesaria la constatación de que existe una gran probabilidad o una esperanza fundada de que se produzca el incremento del patrimonio¹⁶⁸⁶.

En todo caso, no es de recibo la tendencia que se observa en la jurisprudencia y doctrina alemanas a ampliar el concepto de perjuicio patrimonial en la *Untreue* hasta el punto de llegar

patrimonio ajeno o de obligar a otro, o lesionando el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos, de ese modo cause un perjuicio a los intereses patrimoniales que tenía que cuidar.

¹⁶⁸⁴En este sentido, la enmienda núm.400, presentada por el Grupo Popular al artículo 296 del PCP de 1994, propone que con la acción típica se esté "causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipaes o titulares...". Se especifica la naturaleza del perjuicio requerido para entender consumado el delito.

¹⁶⁸⁵Cfr. HÜBNER: *StGB. LK.* 1988, cit. § 266, Rn.90 (págs.469 y siguiente); SAMSON en RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON: *Syst. Komm. II. BT.* 5. Aufl. 1993, cit. § 266, Rn.38.

¹⁶⁸⁶Vid. ampliamente BREMEN: *Vermögensverwaltung durch Gebrechlichkeitspfleger.* cit. pág.229; CRAMER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 263, Rn.87 y siguiente (pág.1884); y LENCKNER en la misma *ob.* cit. § 266, Rn.46 (pág.1990), con bibliografía complementaria. Vid. también LACKNER: *LK.* 1988, cit. § 263, Rn.134 y siguientes (págs.112 y siguientes).

a incluir en él la puesta en peligro concreto del patrimonio¹⁶⁸⁷. Esta criticable interpretación cada vez más extensiva por parte de la jurisprudencia alemana, en pugna con la exigencia constitucional de taxatividad, pretende abarcar comportamientos ilícitos sin duda merecedores de pena, pero que encontrarían un mejor encuadre si se crearan, como propusieron en su día los autores del Proyecto Alternativo, tipos específicos complementarios de un delito general de administración fraudulenta de patrimonio ajeno, configurados como tipos de peligro¹⁶⁸⁸.

Se prescinde, como he adelantado, de la descripción de las modalidades de acción que realizaba el artículo 302 del PCP de 1992¹⁶⁸⁹, optando por la creación de un tipo puramente

¹⁶⁸⁷Como hacen, entre otros, BREMEN: *Zum Begriff der die Untreue begründenden Verletzung fremder Vermögensinteressen durch einen Vermögensverwalter*. cit. pág.229; DREHER/ TRÖNDLE: *StGB und Nebengesetze*. 47. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.27 (pág.1361); HÜBNER: *StGB. LK*. 1988, cit. § 266, Rn.106 (págs.480 y siguiente); LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.17 (págs.1129 y siguiente); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: *StGB. Komm.* 24. Aufl. 1991, cit. § 266, Rn.45 (págs.1989 y siguiente). Sobre el tratamiento de los negocios de riesgo en la doctrina alemana, vid. especialmente HILLENKAMP, T.: *Risikogeschäft und Untreue*. cit. págs.161 y siguientes; MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. págs.279 y siguientes; MAURACH/ SCHROEDER/ MATWALD: *Strafrecht. BT. 1*. 1988, cit. págs.506 y siguientes.

¹⁶⁸⁸Cfr. MARTINEZ PEREZ: *El delito societario de administración fraudulenta*. cit. pág.304. Vid. también *Alternativ-Entwurf. Stellungnahme*. cit. pág.129; WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*. cit. págs.569 y siguientes.

¹⁶⁸⁹La conducta típica del delito societario de administración desleal en el PCP de 1992 no se limitaba a la apropiación o distracción de las cosas recibidas, o a la negación de haberlas recibido, conductas todas ellas constitutivas de actos de disposición, esto es, actos de indebida atribución del dominio. Además de sancionar estos actos de apropiación se castigaban algunos usos ilícitos dominicales hasta entonces impunes o indebidamente sancionados a través del delito de apropiación indebida, como contraer obligaciones a cargo de los bienes, valores o capital administrados, conducta no encuadrable en el delito de apropiación indebida puesto que no constituye acto de disposición. De acuerdo con MANJON-CABEZA OLMEDA: *Nuevo*

resultativo que gira de forma exclusiva en torno a la causación del perjuicio. Con ello el pre-legislador español desdeña también el modelo ofrecido por el artículo 183 del Proyecto Alternativo alemán (el cual consideraba típicas únicamente las conductas que, siendo contrarias al deber de representación del sujeto activo, consistían en "disponer" en considerable medida de valores patrimoniales de la sociedad o en "asumir" obligaciones¹⁶⁹⁰), y se aproxima al delito de administración fraudulenta que se contiene en el artículo 159 del Código penal suizo¹⁶⁹¹. Durante la tramitación parlamentaria, se ha presentado una enmienda a este precepto, enmienda que propone como modalidades típicas de acción las que se contenían en el correspondiente artículo del PCP de 1992, esto es, disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a su cargo¹⁶⁹².

enfoque de la apropiación indebida. cit. págs.186 y siguientes, el criterio para deslindar aquellos actos ilícitos dominicales que no constituyen delito de apropiación indebida de aquellos otros que sí lo son, "nos vendrá dado por la compatibilidad o incompatibilidad de dichos actos ilícitos dominicales con la posterior devolución, o dicho de otra forma, habrá que ver si se trata de actos que suponen una apropiación definitiva o constituyen mero abuso del derecho de forma temporal". Contraer obligaciones a cargo de los bienes, valores o capital administrados no lesiona ni el derecho de propiedad ni el derecho de crédito, bienes jurídicos protegidos en el delito de apropiación indebida, ya que no implica un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver.

¹⁶⁹⁰Vid. sobre dicho artículo, MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.297 y siguientes.

¹⁶⁹¹Este artículo contiene una fórmula legal abierta que dice así: "1. El que lesiona el patrimonio de otro, que tiene el deber de cuidar establecido por Ley o aceptado contractualmente, serça sancionado con prisión.

2. Si el autor obra con ánimo de lucro, la pena será de prisión de hasta cinco años y multa.

3. La administración desleal en perjuicio de un pariente o de un pariente político sólo será perseguida si se interpone contra él querella".

¹⁶⁹²Cfr. enmienda núm.400, presentada por el Grupo Popular.

Parece obvia la necesidad de restringir la desmesurada amplitud del tipo de administración social fraudulenta tal y como es regulado en el PCP de 1994. En la doctrina alemana, al hilo del comentario de tipo de ruptura de la fidelidad en la *Untreue*, se ha afirmado que todo intento de restricción típica por la vía de delimitar la conducta, esto es, las modalidades de acción, está condenado al fracaso, puesto que, a diferencia por ejemplo del delito de apropiación indebida en el que la acción típica del "apoderamiento" permite seleccionar el injusto penalmente relevante de acuerdo con el fin de la norma, en el delito de infidelidad patrimonial la finalidad del tipo, castigar actuaciones perjudiciales sobre el patrimonio ajeno, admite comportamientos de muy variada índole¹⁶⁹³. De esta forma, con el precepto actual no procede hacer limitaciones respecto a los medios comisivos de la acción típica, de modo que serán típicos todos aquellos comportamientos que sean adecuados para causar un perjuicio, patrimonial o no, a los sujetos pasivos.

No existen problemas para admitir la comisión por omisión dentro del tipo, siempre que se den los requisitos de aquélla¹⁶⁹⁴ y de forma especial la correspondencia o equivalencia entre los elementos de la acción y la omisión, requisito cuya concurrencia se ve facilitada, a diferencia de lo que sucede en otros delitos societarios, por la indeterminación de los medios comisivos típicos. Y es que también se puede llegar a causar el resultado típico de lesión a través de una conducta omisiva¹⁶⁹⁵, sobre todo cuando ese

¹⁶⁹³Cfr. WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*. cit. págs.565 y siguiente.

¹⁶⁹⁴Vid. *supra*. Sobre las relaciones entre los parágrafos 13 (regulador de la comisión por omisión) y 266 StGB, vid. ampliamente LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit. § 266, Rn.2 (pág.1122).

¹⁶⁹⁵Cfr. HÜBNER: *LK*. 1988, cit. § 266, Rn.72, pág.455; JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*. 1993, cit. págs.542 y siguiente; LACKNER: *StGB mit Erläuterungen*. 21. Aufl. 1995, cit.

resultado se manifiesta como la ausencia de un incremento patrimonial esperado¹⁶⁹⁶.

Las hipótesis que en la práctica se pueden plantear como modalidades de acción son múltiples y de muy heterogénea entidad: desde la distribución irregular de dividendos a cuenta hasta la concesión de préstamos onerosos para la sociedad a favor de los propios administradores o de terceros.

Así, con respecto a la distribución irregular de dividendos a cuenta, conviene señalar que, bien para disimular los desfavorables resultados de la gestión, bien para aumentar la confianza de los socios, creando, como ha dicho BERGAMO, un *bluf* de prosperidad que permita atraer capitales de refresco, o para facilitar la colocación de una nueva emisión de acciones, los administradores, solos o en colaboración con un determinado grupo de socios, suelen recurrir a artificios contables y reparten a los accionistas dividendos ficticios. Aunque el punto se ha discutido por la doctrina, actualmente se afirma la irrepetibilidad de las cantidades indebidamente recibidas por el perceptor de buena fe desconocedor de la irregularidad de la distribución o que, con arreglo a las circunstancias, la sociedad no consigue probar que no podía ignorar tal irregularidad. De esta forma, es indudable la aparición de un perjuicio causado al patrimonio social por la distribución irregular de dividendos ficticios.

A la ausencia de modalidades de acción se añade la carencia de un genuino **objeto material**. El artículo 302 del PCP de 1992 presentó como novedad frente a los Proyectos anteriores la inclusión del término "bienes" en la descripción del objeto material del delito. La amplitud de este vocablo, que

§ 266, Rn.2 (pág.1122); LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 1991, cit. § 266, Rn.16 (pág.1976), y Rn.35 (págs.1985 y siguiente).

¹⁶⁹⁶Vid. *infra*.

permitiría abarcar los términos "valores" y "capital", también incluidos en la descripción típica del objeto material, fue objeto de críticas¹⁶⁹⁷, señalándose que, como el tipo societario podía ser realizado no sólo disponiendo del patrimonio social sino también de la propiedad social, no era posible delimitar este delito del de apropiación indebida cuando la acción recaía sobre cosas muebles¹⁶⁹⁸. Por otra parte, la administración social fraudulenta tenía como objeto material en el PCP de 1992 tanto bienes muebles como inmuebles, puesto que la descripción típica así lo consentía.

El artículo 296 del PCP de 1994, por el contrario, no determina el objeto material sobre el cual recaería la acción típica consistente en causar un perjuicio.

Así pues, el bien jurídico penalmente protegido no es reducible en la dicción legal al patrimonio, si bien éste será el que en la mayoría de los casos se verá afectado por la administración social fraudulenta.

Ahora bien, una correcta construcción del delito de administración social fraudulenta debe comenzar por concretar el bien jurídico penalmente protegido en el patrimonio de la sociedad o de los socios. Otra tesis no se corresponde con la finalidad del precepto. De esta afirmación se desprenden importantes consecuencias dogmáticas y político-criminales, puesto que la firme delimitación de este bien jurídico debe servir para diferenciar comportamientos de dudosa calificación, así como para describir los diversos elementos del tipo desde la perspectiva de los objetivos dogmáticos y político-

¹⁶⁹⁷Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración social fraudulenta. cit. págs.322 y 329.

¹⁶⁹⁸Así, BACIGALUPO ZAPATER: La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español. cit. pág.397. El artículo 245 del PCP de 1994 define el objeto del delito de apropiación indebida en los siguientes términos: "dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble...".

criminales que se persiguen¹⁶⁹⁹.

Por una parte, el artículo 296 no protege técnicamente un bien jurídico colectivo o "difuso", como el orden económico general, sino que preserva directamente intereses patrimoniales de índole individual. Ello no impide afirmar que la realización del tipo objeto de este comentario puede afectar, en ocasiones, dicho orden económico, poniéndolo en peligro más o menos concreto o incluso lesionándolo (piénsese especialmente en los grandes Bancos y sociedades que rigen la economía española)¹⁷⁰⁰. Ahora bien, esa puesta en peligro o esa lesión no se incorporan a la materia de prohibición, aun cuando indudablemente, como sabemos, han influido en el ánimo del pre-legislador a la hora de considerar la conveniencia de la criminalización de estas conductas.

Por otra parte, y como ya tuve ocasión de señalar *supra*, el delito societario del artículo 296, y en general todos los delitos societarios, no pretenden tutelar el derecho de propiedad, sino el patrimonio, diferenciándose así de la apropiación indebida y aproximándose al delito de estafa¹⁷⁰¹.

La restricción del círculo de sujetos pasivos, frente a la amplitud de la enumeración contenida en el artículo 302 del PCP de 1992¹⁷⁰², contribuye al mismo fin de reorientar el tipo

¹⁶⁹⁹Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.321.

¹⁷⁰⁰Sobre el artículo 302 del PCP de 1992, pero sustancialmente trasladable a la redacción de 1994, vid. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.321.

¹⁷⁰¹En este sentido, cfr. BACIGALUPO ZAPATER: La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español. cit. pág.390.

¹⁷⁰²Precepto que, como sabemos, aludía a la sociedad, los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, asumiendo la decisión de la PANCP de extender la condición de sujetos pasivos a depositarios,

de la administración social fraudulenta en su dirección tradicional de tutela de los intereses "internos", circunscritos al patrimonio de la sociedad y de los socios¹⁷⁰³. Parte de la doctrina llega a sostener la conveniencia de reducir a la sociedad mercantil la condición de sujeto pasivo del delito de administración social fraudulenta, señalándose que ello no provocaría lagunas de punibilidad, por ejemplo, con respecto a la intervención penal en la actividad bancaria, ya que en gran número de casos el castigo de la administración fraudulenta del patrimonio de la sociedad también contribuiría a la tutela de los intereses de

cuentapartícipes y otros titulares de valores o capital administrados por la sociedad. A favor de esta decisión, criticando la insuficiencia del PLOCP de 1980 en este sentido, vid. GOMEZ BENITEZ: **Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal**. cit. págs.477 y 484; MUÑOZ CONDE: **La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el PLOCP**. cit. pág.117. Con respecto a la regulación de la PANCP, vid. TERRADILLOS BASOCO: **Delitos financieros**. cit. pág.860. Se incluyó asimismo a la propia sociedad mercantil dentro del círculo de sujetos pasivos, recogiendo la propuesta de BACIGALUPO ZAPATER: **Notas sobre la PANCP**. cit. pág.74, en el sentido de ampliar la punibilidad a toda disposición indebida en perjuicio no sólo de los socios, como se hacía en el texto de 1983, sino también de la sociedad.

Ahora bien, tanto en el artículo 302 del PCP de 1992 como en los textos pre-legislativos anteriores persistía una importante laguna en la enumeración de los sujetos pasivos, referida a las sociedades anónimas tomadoras de seguros. En efecto, los asegurados, tomadores o beneficiarios que en cada caso resulten perjudicados no podrían ser incluidos en ninguna de las categorías de sujetos que enumeraba el artículo 302, puesto que no puede afirmarse que sean "titulares de bienes, valores o capital". Cfr. MARTINEZ PEREZ: **El delito societario de administración fraudulenta**. cit. pág.328.

¹⁷⁰³En este sentido, vid. BRICOLA: **Il costo del principio <<societas delinquere non potest>> nell'attuale dimensione del fenomeno societario**. cit. pág.80; FOFFANI: **Prospettive di riforma in tema di <<infedeltà patrimoniale>>**. cit. pág.468. No conviene adoptar en este ámbito una perspectiva de tutela externa, dirigida a garantizar en primer término los intereses de los acreedores sociales, de los terceros o de la economía en general, sino de tutela interna, circunscrita esencialmente a la protección del patrimonio social y del buen funcionamiento del ente societario

todos los terceros que de alguna forma se hallen vinculados jurídicamente con la sociedad¹⁷⁰⁴. Es ésta, sin embargo, una opinión discutible¹⁷⁰⁵. Como afirma MARTINEZ PEREZ, una opción tal no supondría dejar al margen del precepto penal toda la problemática que plantea la actividad bancaria, pero sí uno de sus aspectos relevantes, como es la tutela de los terceros ajenos a la sociedad que confían la custodia de sus intereses patrimoniales al banco, y que serían sólo indirectamente protegidos a través del delito societario¹⁷⁰⁶. En este sentido, la enmienda núm.400, presentada por el Grupo Popular, propuso introducir expresamente en el precepto la mención a los siguientes sujetos pasivos: "socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren".

La restricción de los sujetos pasivos es correcta en tanto en cuanto, además de contribuir a la reorientación de la administración social fraudulenta en la dirección de tutelar los intereses internos, evita la inadecuada mezcla de intereses contrapuestos que efectuaban los Proyectos anteriores. Y es que los deberes de lealtad y fidelidad que incumben al

¹⁷⁰⁴Así, MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. págs.329 y siguiente. Vid. también BACIGALUPO ZAPATER: Die Problematik. cit. págs.11 y siguiente, quien observa que "el resultado lesivo -por razones también de claridad y concreción del bien jurídico- debería ir referido únicamente al patrimonio de la sociedad en cuanto tal y no, en cambio, al patrimonio de los socios, el cual solamente es afectado de forma mediata" (cursivas en el original). Esta es la opción adoptada tanto por el artículo 183 del P.A. alemán como por el artículo 2.624 del Código civil italiano.

¹⁷⁰⁵Cfr. GOMEZ BENITEZ: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de Código penal. cit. pág.484, quien afirma que con ello se dejan fuera del ámbito de aplicación del precepto la mayoría de los delitos "bancarios", cometidos en perjuicio de los depositarios, cuentacorrentistas, etc., o de los delitos realizados en el seno de las sociedades de cartera, de inversión mobiliaria o inmobiliaria, etc.

¹⁷⁰⁶Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.330.

administrador le vinculan con la sociedad que gestiona¹⁷⁰⁷, y con los socios que la componen, pero pueden entrar en colisión con los intereses de terceros ajenos a la sociedad¹⁷⁰⁸.

El **abuso de confianza** no es la ratio de la incriminación, sino únicamente el medio a través del cual se realiza la ofensa al patrimonio ajeno¹⁷⁰⁹ o a esos otros intereses no patrimoniales que pueden verse afectados por la administración fraudulenta. Constituye el desvalor de acción del delito de administración social fraudulenta¹⁷¹⁰, que confiere lesividad a la simple causación del perjuicio, permitiendo distinguir las conductas delictivas de las que constituyen meros ilícitos civiles.

Y es que, al igual que sucede con los funcionarios públicos, los administradores de hecho o de derecho de sociedades mercantiles pueden delinquir de tres modos enteramente distintos: 1) abusando del cargo o de las funciones que ejercen en la sociedad y que ésta les ha confiado; 2) como simples particulares, sin tener en consideración las funciones o cargo que desempeñan; y 3) como particulares, pero prevaleciéndose de las funciones que ejercen.

En el tercer supuesto, el sujeto emplea o utiliza las ventajas propias de su condición personal para ejecutar el

¹⁷⁰⁷En este sentido, vid. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ: Los delitos societarios en el PLOCP. cit. pág.193; MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.330.

¹⁷⁰⁸Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.330.

¹⁷⁰⁹Cfr. TERRADILLOS BASOCO: Delitos societarios. cit. pág.95; del mismo autor: Derecho penal de la empresa. cit. pág.91.

¹⁷¹⁰Analizando la agravante genérica de "obrar con abuso de confianza" señala ALONSO ALAMO: El sistema de las circunstancias del delito. cit. pág.546, que "el abuso de confianza añade al delito que realiza un particular desvalor de acción".

delito más fácilmente o con menos riesgo¹⁷¹¹. Al desvalor de resultado propio del delito que se realice se añade un particular desvalor de acción, en virtud del cual se incrementa la gravedad del injusto¹⁷¹².

La interpretación de este elemento típico no deja de resultar problemática, siendo del mayor interés las opiniones vertidas al hilo tanto del estudio de la circunstancia agravante novena del artículo 10 del actual Código penal, "obrar con abuso de confianza", como de los tipos que la prevén como agravante específica, así como de aquellos otros delitos que hacen referencia al abuso de oficio o al prevalimiento de una posición.

Desde luego, exige una relación preexistente de confianza entre el delincuente y el sujeto pasivo del delito¹⁷¹³ que, teniendo en cuenta la condición profesional del primero, se genera en el desempeño del cargo de administrador¹⁷¹⁴. Pero, además, es necesario que esa situación de confianza facilite

¹⁷¹¹Vid. ALONSO ALAMO: **El sistema de las circunstancias del delito**. cit. págs.557 y siguientes.

¹⁷¹²Cfr. ALONSO ALAMO: **El sistema de las circunstancias del delito**. cit. pág.559.

¹⁷¹³Cfr. COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.690.

¹⁷¹⁴Como sabemos, los administradores han de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Ahora bien, la jurisprudencia, durante un largo lapso de tiempo, fundó la agravante genérica de abuso de confianza sólo en el elemento objetivo, es decir, en el genérico aprovechamiento de situaciones objetivas especialmente favorables para la comisión del delito. Vid. SSTs 27 septiembre 1905; 16 octubre 1929, 3 enero 1963 (Ar. 29) y 7 octubre 1964 (Ar. 4169). En sentido crítico, vid. por todos MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. pág.703. Actualmente se ha vuelto a la exigencia de una previa relación personal que es la que puede engendrar u originar la confianza. Vid., entre otras, las SSTs 24 enero 1985 (Ar. 346), 31 enero 1985 (Ar. 386), 15 diciembre 1986 (Ar. 7917), 26 octubre 1990 (Ar. 8313).

la comisión del delito¹⁷¹⁵ debido a la relajación de los resortes de custodia y vigilancia ordinarios, relajación que proviene de la concreta expectativa de buen comportamiento que el sujeto pasivo mantiene con respecto al autor. Esto supone que la confianza a la que se refiere el precepto no es la que resulta de la aplicación de "standards" sociales, sino la efectivamente otorgada por los sujetos pasivos al autor¹⁷¹⁶.

De esta forma, al obrar con abuso de confianza el autor quebranta los especiales deberes de lealtad y fidelidad que le incumben en relación con los sujetos pasivos, derivados de la confianza que la sociedad y los socios han depositado en él y que es aprovechada para cometer el delito, prevaleciéndose de la situación indudablemente ventajosa que disfruta y de las facilidades que le otorga la posición en que se halla. Y es que la ratio de la cláusula reside, fundamentalmente, en la facilidad de ejecución que proporciona, unida a la indefensión de la víctima, que no teme una agresión criminal por parte del autor¹⁷¹⁷. El fundamento de la cláusula "con abuso de confianza" consiste, según esto, no exclusivamente o no tanto en el quebrantamiento de la lealtad debida como en la facilidad

¹⁷¹⁵Como señala CERESO MIR: **Curso de Derecho penal español**. II: 2. 1990, cit. pág.144, "el sujeto abusa de la relación de confianza cuando se aprovecha de ella para facilitar la comisión del delito".

¹⁷¹⁶Cfr. COBO/ VIVES: **Derecho Penal. Parte General**. 1991, cit. pág.690. Según ALONSO ALAMO: **El sistema de las circunstancias del delito**, cit. págs.540 y siguiente, predomina en la jurisprudencia del TS la tesis de que es suficiente una relación que permita exigir cierta lealtad. Así, SSTs 13 noviembre 1974 (Ar. 4324), 13 febrero 1976 (Ar. 535), 13 octubre 1976 (Ar. 3962), 21 marzo 1978 (Ar. 1047), 26 junio 1978 (Ar. 2653).

¹⁷¹⁷Cfr. ALONSO ALAMO: **El sistema de las circunstancias del delito**, cit. pág.543. Señala la doctrina jurisprudencial sobre la circunstancia agravante genérica de abuso de confianza que el abuso se define por el "modus operandi" o dinámica criminal, con menor riesgo del delincuente ante la ausencia o disminución de las defensas de la persona que confiaba en él. Vid. STS 15 diciembre 1986 (Ar. 7917) y las referencias allí recogidas.

que proporciona en la ejecución, asegurando el delito y la impunidad al tiempo que deja a la víctima desprovista de toda posibilidad de defensa¹⁷¹⁸. Se trata de un aprovechamiento de la mayor facilidad en la ejecución quebrantando la lealtad debida¹⁷¹⁹.

Por esta razón no consideramos adecuada la introducción de la cláusula "con abuso de confianza" en el tipo de la administración social fraudulenta¹⁷²⁰, que en el Derecho comparado se fundamenta en la existencia de una previa relación de fidelidad y cuidado patrimonial que es violada por el autor. Su ratio essendi consiste precisamente en sancionar ataques al patrimonio a través de la violación del deber de fidelidad y

¹⁷¹⁸Así, ANTON ONECA: op. cit. pág.372; ALONSO ALAMO: **El sistema de las circunstancias del delito**. cit. págs.542 y siguientes; MIR PUIG: **Derecho Penal. Parte General**. 1990, cit. págs.703 y siguiente; RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código penal**. I. 1972, cit. págs.660 y siguientes. Vid. también la STS 26 junio 1978 (Ar. 2653). En contra, por todos, CEREZO MIR: **Curso de Derecho penal español**. II. 2. 1990, cit. pág.145; GIMBERNAT ORDEIG: **Introducción a la Parte General del Derecho penal español**. cit. pág.99. Puede admitirse, en efecto, que históricamente el abuso de confianza se ha fundamentado tanto en la deslealtad como en la facilidad que proporciona para cometer el delito.

¹⁷¹⁹Cfr. GARCIA ARAN: **Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español**. cit. pág.159; RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: **Comentarios al Código Penal**. I. 1972, cit. pág.664. Vid. las SSTS 1 julio y 9 octubre 1981 (Ar. 3128 y 3622), 15 noviembre 1982 (Ar. 7138), 25 noviembre 1985 (Ar. 5476), 20 junio y 15 diciembre 1986 (Ar. 3181 y 7917), 30 enero 1987 (Ar. 485), 4 junio 1990 (Ar. 5120), 14 octubre 1991 (Ar. 7104) y 21 mayo 1992 (Ar. 4248), entre muchas otras. Otras SSTS, que configuran una línea jurisprudencial todavía minoritaria, hacen referencia únicamente al quebrantamiento de un deber de lealtad o fidelidad como fundamento de la causa de agravación. Vid. las SSTS 30 enero 1987 (Ar. 485) y 20 octubre 1988 (Ar.8371). Para ALONSO ALAMO: **El sistema de las circunstancias del delito**. cit. pág.542, el quebrantamiento del deber de fidelidad "no es, por supuesto, momento exclusivo de la circunstancia e incluso podríamos decir que no es tampoco prioritario".

¹⁷²⁰Vid. no obstante SILVA SANCHEZ: **El Derecho Penal bancario en España**. cit. marginal 901, quien hace referencia al "abuso de poderes o confianza".

cuidado patrimonial.

Corresponde ahora comprobar si otro tipo de expresiones serían más adecuadas.

El concepto de "abuso de funciones" hace referencia a la situación en la que el sujeto usa de las funciones o facultades de que goza para finalidades diversas de aquellas por las cuales le han sido otorgadas; esto es, existe abuso cuando se da un uso ilegítimo, en interés propio o ajeno, de facultades o medios de los cuales el sujeto activo puede disponer únicamente para lograr el fin pretendido por quien se los ha otorgado¹⁷²¹.

La enmienda núm.400, presentada por el Grupo Popular, ha propuesto la sustitución de la expresión "con abuso de confianza" por "abuso de las funciones propias de su cargo".

Con la expresión "abuso de oficio" se alude al ámbito de competencia del sujeto activo. La inclusión de esta expresión, constitutiva de un elemento normativo del injusto que afecta directamente al carácter antijurídico de la acción típica¹⁷²², supone la exigencia de que el sujeto activo actúe en el marco de las facultades que se le confieren por razón de su cargo¹⁷²³. El oficio constituye el "objeto" del que debe

¹⁷²¹Cfr. CRESPI/ STELLA/ ZUCCALA: *Commentario breve al CP.* 1992, cit. pág.218; ZUCCALA: *L'infedeltà nel diritto penale.* cit. págs.144 y siguiente.

¹⁷²²Cfr. GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales.* cit. pág.334. BACIGALUPO ZAPATER: *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal.* 1990, cit. pág.329, entiende, por su parte, que la cláusula objeto de análisis "no tiene el carácter de un elemento típico, sino de un elemento de la antijuridicidad".

¹⁷²³En este sentido, vid. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial.* 1993, cit. págs.547 y siguiente, al advertir, comentando las falsedades cometidas por funcionario, que "el funcionario no puede cometer falsedad con abuso de su oficio nada más que sobre documento legítimo". En el mismo sentido, vid. entre otros, BACIGALUPO ZAPATER: *Estudios sobre la parte especial*

abusar el sujeto activo cuando procede a ejecutar el delito¹⁷²⁴, contribuyendo así a conectar la conducta típica con el ámbito de competencias que le corresponde¹⁷²⁵. Y "sólo abusa, en sentido estricto, de su oficio el funcionario que ejecuta indebidamente lo que tiene que hacer, que es el uso excesivo, y no el que invade competencias ajenas y efectúa actos que funcionalmente escapan a sus atribuciones"¹⁷²⁶. El abuso de oficio supone, en fin, la materialización de un exceso inadmisibles por parte del sujeto activo en el desempeño de las funciones que le atribuye el Ordenamiento jurídico¹⁷²⁷. El fundamento de esta cláusula radica, no en el hecho del aprovechamiento de las ventajas que reporta el cargo para llevar a cabo la actuación ilícita, como sucede en el prevalimiento, sino en la infracción concreta de los deberes que han sido encomendados al sujeto activo en relación con el bien jurídico penalmente protegido o su materialización en el objeto de la acción¹⁷²⁸.

del Derecho penal. 1990, cit. págs.328 y siguiente; FERRER SAMA: **Comentarios al Código penal**. Tomo III. Murcia, 1948, pág.340; RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: **Derecho Penal Español. Parte Especial**. 1994, cit. pág.979. Coincidente en el resultado, pero discrepante en la vía para llegar a él, ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.231, quien afirma que "también las alteraciones introducidas por un funcionario en documento a su cargo, pero no expedido por él... implicarían abuso de oficio".

¹⁷²⁴Cfr. en este sentido, con respecto al delito de falsedad cometida por funcionario público, CORDOBA RODA: **Comentarios al Código penal**. III. cit. pág.803. Coincidente, vid. ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.230.

¹⁷²⁵Cfr. GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.350.

¹⁷²⁶ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.230.

¹⁷²⁷Cfr. ORTS en VIVES/ BOIX/ ORTS/ CARBONELL/ GONZALEZ CUSSAC: **Derecho Penal. Parte Especial**. 1993, cit. pág.230.

¹⁷²⁸Vid. CORDOBA RODA: **Comentarios al Código penal**. III. cit. pág.806; GARCIA CANTIZANO: **Falsedades documentales**. cit. pág.336.

Ahora bien, hubiera sido preferible utilizar una expresión como "con infracción de los deberes propios de su cargo", que aportaría al injusto el desvalor de acción característico de la infidelidad patrimonial en general, y que no está constituido precisamente por el abuso de confianza. Con ella se lograría restringir la aplicación del delito a los supuestos en los que el autor obra dentro de sus atribuciones¹⁷²⁹, e infringiendo las normas reguladoras de su función o cargo que le prohíben realizar la conducta típica. Y es que aun cuando el autor tenga la cualidad de administrador de hecho o de derecho, no incurre en este delito si su actuación nada tiene que ver con el círculo de sus funciones o deberes¹⁷³⁰. Otra cosa privaría prácticamente de contenido a la expresión legal cuya introducción propugnamos, que reduciría su significación a la de una pura y simple redundancia, con la consiguiente vulneración de las normas lógicas en materia de interpretación¹⁷³¹.

¹⁷²⁹Así, BENEYTEZ MERINO en LOPEZ BARJA DE QUIROGA/ RODRIGUEZ RAMOS (coords.): **Código penal comentado**. 1990, cit. pág.552, afirma que la expresión "abusando de su oficio", empleada en el artículo 302 del actual Código penal hace referencia a la actuación dentro de las propias atribuciones competenciales, y no, como alguna STS ha pretendido (vid. la de 31 mayo 1969), a que se sobrepasen indebidamente los deberes de su oficio profesional o se exceda de las funciones competenciales que le están atribuidas como propias de su cargo.

¹⁷³⁰En el mismo sentido, en referencia al expresión "abusando de su oficio" utilizada en el vigente artículo 302 del Código penal, vid. CORDOBA RODA: **Comentarios al Código penal**. III. cit. pág.803.

¹⁷³¹Como afirma CORDOBA RODA: **Comentarios al Código penal**. III. cit. pág.63, con ocasión del estudio de la expresión "abusando de su cargo" en el artículo 131 del actual Código penal, "estimar que una exigencia legal delimitadora del ámbito de lo delictivo, carece de propio y verdadero contenido, representa una interpretación a la que únicamente debe acudir si no existe ninguna otra exégesis posible". Vid. también págs.803 y siguientes, donde exige que la conducta efectuada por el funcionario, aparte de ser subsumible en el correspondiente número del artículo 302, vulnere las normas reguladoras de su función.

La dicción "en el ejercicio de sus funciones" supone una mayor dosis de antijuridicidad, derivada de la consciente vulneración del deber de fidelidad¹⁷³².

La razón de ser que justifica la creación de un tipo societario de administración fraudulenta no se halla en el prevalimiento de la condición de administrador por parte del autor, esto es, en el aprovechamiento de las ventajas ofrecidas por el cargo con el fin de ejecutar más fácilmente el delito. Antes bien, está constituida por la vulneración de los deberes que le han sido atribuidos jurídicamente al autor en virtud de la posición que ocupa, por la infracción de las normas que regulan el ejercicio de sus funciones, que le prohíben la realización de actuaciones dolosas perjudiciales para la sociedad o los socios¹⁷³³.

Una labor de interpretación permitiría reconducir la expresión "con abuso de confianza" en el sentido que aquí se propone. "Abusar" en el Diccionario de la Lengua equivale a "usar mal, excesiva, injusta o indebidamente de alguna cosa". Y es que "todo abuso presupone una voluntad o intención de efectuar una conducta indebida"¹⁷³⁴, "la utilización del oficio de una manera ilícita, extralimitada y, aquí lo más importante, consciente"¹⁷³⁵.

La referencia al quebrantamiento de los especiales deberes de lealtad y fidelidad que ligan al autor con los sujetos

¹⁷³²Cfr. VARGAS CABRERA en BENEYTEZ MERINO y otros: *Las falsedades documentales*. cit. pág.269.

¹⁷³³Vid. BACIGALUPO ZAPATER: *La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español*. cit. pág.399.

¹⁷³⁴CORDOBA RODA: *Comentarios al Código penal*. III. cit. pág.870. Vid. en el mismo sentido RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANO GOMEZ: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1994, cit. pág.982, nota núm.14.

¹⁷³⁵GARCIA CANTIZANO: *Falsedades documentales*. cit. pág.350.

pasivos constituye un dato más que justifica la restricción del círculo de sujetos pasivos realizada por el PCP de 1994, puesto que los deberes de lealtad y fidelidad del administrador existen únicamente frente a la sociedad y los socios como ya hemos tenido ocasión de señalar.

Conviene destacar, asimismo, que los deberes de lealtad y fidelidad que incumben a los administradores son expresión de la posición de garantía en que se hallan frente a la sociedad y a los socios¹⁷³⁶.

Es innecesario resaltar que la apreciación de este delito imposibilitaría la aplicación de la circunstancia agravante genérica, "obrar con abuso de confianza"¹⁷³⁷, ya que dicho abuso es inherente al tipo penal de la administración social fraudulenta¹⁷³⁸.

De forma sustancialmente semejante a lo establecido en el artículo 302 del PCP de 1992¹⁷³⁹, el autor ha de actuar "en

¹⁷³⁶Vid., por todos, MAURACH/ SCHRÖDER/ MAIWALD: *Strafrecht*. BT. 1988, cit. pág.506, Rn.41; OTTO: *Strafrecht Grundkurs*. 1991, cit. pág.240. En torno al tema de la posición de garantía en que se hallan los miembros del Consejo de vigilancia de la sociedad ante los comportamientos de infidelidad patrimonial de los gerentes y miembros del Consejo de administración, vid. ampliamente TIEDEMANN: *Untreue bei Interessenkonflikten*. cit. págs.319 y siguientes.

¹⁷³⁷También se considera circunstancia agravante genérica en el artículo 22. 7 del Anteproyecto de 1994.

¹⁷³⁸De la misma forma ocurre, según la jurisprudencia, con los delitos de apropiación indebida (vid. el Auto del TS 16 enero 1990 (Ar. 422)) y estafa (SSTS 9 octubre 1989 (Ar. 7641) y 10 julio 1991 (Ar. 5776)).

¹⁷³⁹Este artículo aludía a la actuación "en beneficio propio o de un tercero", mientras que el artículo 296 del PCP de 1994 distingue dentro de la categoría genérica de los "terceros" a los socios. En cuanto a la situación en Italia, MARINUCCI/ ROMANO: *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*. cit. págs.116 y siguiente; PEDRAZZI: *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*. cit. págs.572 y siguientes; ROMANO: *Profili*

beneficio, de algún socio o de un tercero". Este elemento, constitutivo de un **elemento subjetivo del injusto** que configura un delito de intención, cumple una función esencial en la estructura del tipo delictivo¹⁷⁴⁰. Como señala MARTINEZ PEREZ¹⁷⁴¹, "en los delitos patrimoniales y económicos de **peligro** el simple actuar doloso no debería resultar suficiente; es imprescindible por ello la incorporación de un elemento subjetivo del injusto". En efecto, no es suficiente para llegar a la afirmación de la antijuridicidad la sola consideración de la dimensión externa de la conducta, esto es, la comprobación de la efectiva causación de un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios por parte de los administradores de hecho o de derecho de la sociedad mercantil, obrando con abuso de confianza. Se hace necesario tener en cuenta la concreta actitud psíquica del autor para confirmar la verdadera naturaleza de la conducta no suficientemente expresada objetivamente. Con ello se pretende evitar "meter en el mismo saco" al administrador que causa un perjuicio a la sociedad o a los socios buscando su propio beneficio o el de un tercero y al que perjudica en una medida tolerable a los socios minoritarios con el fin de beneficiar la situación jurídico-económica de la sociedad, aunque no lleguen a materializarse

penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni. cit. págs.130 y 194 y siguiente. En este punto se separa el delito societario de administración fraudulenta previsto en el PCP de 1994 del delito de *Untreue*, que no contiene en su descripción típica elementos subjetivos del injusto, aproximándose en este punto al delito de abuso de facultades jurídico-sociales contenido en el artículo 183 del Proyecto Alternativo, el cual exigía al autor obrar "en beneficio propio o ajeno", por entender que no podía ser suficiente el simple actuar doloso. Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.298.

¹⁷⁴⁰En referencia al delito del P.A. alemán, vid. LAMPE/ LENCKNER/ STREE/ TIEDEMANN/ WEBER: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Straftaten gegen die Wirtschaft*. cit. § 183, pág.61. También, WEBER: *Überlegungen zur Neugestaltung*. cit. pág.568.

¹⁷⁴¹MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.334.

los "beneficios" pretendidos.

El tipo sólo se puede realizar dolosamente, pues aunque la acción de causar perjuicios a la sociedad o a los socios pudiera tener lugar de forma imprudente, no ha sido prevista expresamente la incriminación de la comisión imprudente por el pre-legislador. La concreción del tipo exige el dolo, en la medida en que el administrador, para actuar típicamente, ha de hacerlo precisamente abusando de la confianza en él depositada, en la dicción del artículo 296¹⁷⁴². En el plano subjetivo el aprovechamiento de la relación de confianza para ejecutar el delito, necesario para estimar que se ha producido el abuso de confianza, implica en todo caso una actuación dolosa, puesto que se pone voluntariamente la situación privilegiada que dimana de la confianza al servicio de la finalidad y de la acción criminal, a pesar de ser consciente el autor de que la confianza en él depositada le obliga a un comportamiento leal y de que con su conducta quebranta un particular deber de fidelidad¹⁷⁴³.

Sería suficiente el dolo eventual, el cual tiene que abarcar todos los elementos del tipo objetivo, comprendiendo, como es obvio, el conocimiento del abuso de confianza. En consecuencia, queda excluido el dolo del autor por la suposición errónea de obrar sin abuso de confianza; en cambio, el dolo no se elimina si el autor cree estar obrando con diligencia, pero siendo consciente de que actúa de modo

¹⁷⁴²En este sentido, al hilo del estudio del actual artículo 131 del Código penal, vid. POLAINO NAVARRETE en LOPEZ BARJA DE QUIROGA/ RODRIGUEZ RAMOS (coords.): Código penal comentado. 1990, cit. pág.344.

¹⁷⁴³RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO: Comentarios al Código penal. I. 1972, cit. págs.662 y siguiente. Vid. también CRESPI/ STELLA/ ZUCCALA: Comentario breve al CP. 1992, cit. pág.218; FERRER SAMA: El dolo como elemento del delito de falsedad. "Anales de la Academia Matritense del Notariado" tomo IX, 1957, pág.534; GARCIA CANTIZANO: Falsedades documentales. cit. págs.350 y siguiente.

contrario a la voluntad del titular del patrimonio (la sociedad mercantil o los socios, según los casos)¹⁷⁴⁴.

Las diferencias con el delito de estafa se mantienen, puesto que mientras en este delito la relación de confianza se genera maliciosamente a través de un engaño previo, que se materializa en un acto de disposición patrimonial de la víctima, en la administración social fraudulenta del artículo 296 del PCP de 1994 es el propio autor el que causa el perjuicio para el patrimonio de la sociedad o de los socios, abusando de una relación de confianza preexistente¹⁷⁴⁵.

Ahora bien, la administración social fraudulenta, desprovista del desvalor de acción que implican la violencia, la intimidación, la fuerza o el engaño, se fundamenta únicamente en el desvalor de acción que aporta la lesión del deber. El parecido que muchos supuestos pueden tener con el incumplimiento de obligaciones obligaría a admitir como materia de discusión la despenalización, si no se tratara de un delito perseguible a instancia de parte.

Por otra parte, la construcción del tipo obliga a una interpretación restrictiva del mismo, siempre dentro de su tenor literal. Y es que no pueden ser penalmente típicas acciones cuyo grado de injusto sea mínimo, aunque encajen formalmente en una descripción típica y contengan un cierto desvalor jurídico¹⁷⁴⁶. Conforme al carácter fragmentario del Derecho penal, las conductas penalmente típicas sólo deben estar constituidas por acciones gravemente antijurídicas, no

¹⁷⁴⁴Vid. por todos, en relación con el delito de *Untreue*, LENCKNER en SCHÖNKE/ SCHRÖDER: StGB. Komm. 1991, cit. § 266, Rn.49, pág.1991.

¹⁷⁴⁵Vid. *supra*. Lo mismo cabe decir del parágrafo 266 del StGB alemán. Cfr. MARTINEZ PEREZ: El delito societario de administración fraudulenta. cit. pág.271.

¹⁷⁴⁶Cfr. LUZON PEÑA: Causas de atipicidad y causas de justificación. cit. pág.28.

por hechos de escasa gravedad. Las conductas que encajan en el tipo societario de administración fraudulenta serán en muchas ocasiones suficientemente graves como para justificar la intervención del Derecho penal, pero también pueden encajar en el tipo supuestos concretos cuyo desvalor sea insignificante, lo que puede suceder por el mínimo desvalor objetivo del hecho o del resultado.

CAPITULO DECIMO

CONCLUSIONES.

En la actualidad, la industria y el comercio grande y medio están acaparados por las sociedades mercantiles. Su predominio se debe tanto al deseo de responder de forma limitada como a la necesidad de reunir los medios precisos para intervenir en el tráfico comercial.

La delincuencia societaria es una de las manifestaciones más características de la delincuencia económica, la cual, a su vez, constituye en rigor un sector de la más amplia delincuencia de cuello blanco.

El delincuente económico presenta unos rasgos de personalidad y un *modus operandi* característicos, cuya importancia para el estudio de esta clase de delincuencia no puede pasar inadvertida.

A diferencia de lo que sucede con la delincuencia patrimonial tradicional, la societaria goza de un trato indulgente por parte de la opinión pública, el legislador y los

tribunales de justicia, lo que da lugar a una represión ineficaz. A ello contribuye la actitud de las víctimas.

Los Tribunales españoles y, en especial, el Ministerio Fiscal han denunciado en repetidas ocasiones la impunidad que disfruta el delincuente societario en España.

El ingreso de España en las Comunidades Europeas ha supuesto un cambio en el sistema de fuentes del Derecho. Aunque las Comunidades Europeas no gozan de competencias penales, influyen de manera indirecta en el Derecho penal de los Estados miembros, y especialmente en el Derecho penal económico y societario.

En Italia y Alemania los delitos societarios han sido objeto de una amplia regulación legal. El Derecho penal societario italiano se caracteriza por la tutela de intereses generales, así como por el establecimiento de sanciones penales de preceptos civiles sin tratar de acomodarlos a los principios fundamentales del Derecho penal. Alemania presenta una regulación dispersa por las diferentes leyes mercantiles de sociedades, además de algunas figuras recogidas en el código penal. Destaca por su importancia doctrinal el Proyecto Alternativo de Código penal de 1977.

Los principios y normas recogidos en el texto constitucional español tienen una indudable relevancia en el desarrollo y la fundamentación misma del Derecho penal. La neutralidad del modelo económico recogido en la Constitución española de 1978 es puesta en duda tras la adhesión de España a las Comunidades europeas.

El estudio de la evolución legislativa y pre-legislativa de los delitos societarios en España es fundamental para el análisis del Proyecto de Código penal de 1994. De tal estudio destaca el origen relativamente temprano de la regulación de los delitos societarios, así como su reiterada aparición en los

Proyectos de Código penal posteriores a la Constitución española de 1978.

La incriminación de los delitos societarios ha de respetar el principio de subsidiariedad del Derecho penal. Hay que potenciar, por tanto, los mecanismos de control propios del Derecho civil y mercantil, y del Derecho público en general. Ello no obstante, el carácter fragmentario del Derecho penal y su consideración como *ultima ratio* no prejuzgan su naturaleza autónoma respecto de los demás sectores del Ordenamiento jurídico.

La veracidad de las informaciones sociales, la integridad del capital social y la fidelidad de los órganos sociales se configuran como intereses dignos de protección y tutela penal en el seno de las sociedades mercantiles.

La protección mercantil de dichos intereses es parcial, razón por la cual es necesaria una tutela más incisiva. Existe una necesidad político-criminal de creación de los delitos societarios.

A ello se añade una necesidad dogmática, puesto que ni la estafa, ni la apropiación indebida ni las falsedades documentales pueden abarcar todas las conductas delictivas societarias merecedoras y dignas de sanción penal.

Las críticas vertidas contra la rúbrica "delitos societarios" son a mi juicio infundadas. Pese a ello utilizo la de "delitos societarios" por ser la generalmente aceptada hoy por la doctrina penal y la utilizada por el pre-legislador de 1992 y 1994.

La incardinación de los delitos societarios en el seno del Código penal no es cuestión pacífica en la doctrina, ofreciendo el Derecho comparado modelos dispares. No obstante las ventajas que pueden presentar las leyes especiales, es preferible, por

razones de seguridad jurídica y conveniencia político criminal, la regulación en el Código penal. La utilización de leyes penales en blanco debe ser restringida. Son, sin embargo, inevitables los elementos normativos.

La localización de los delitos societarios en el Código penal es correcta. Asimismo es correcta su inclusión entre los delitos económico-patrimoniales, puesto que aunque se tutela directamente el patrimonio individual, se perfila como objeto mediano de protección el orden económico entendido en sentido amplio, y concretado en el interés en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles. El concepto de patrimonio manejado es el concepto jurídico-económico, corregido en atención a consideraciones individuales. De este concepto se deriva el de perjuicio patrimonial.

El concepto de bien jurídico es fundamental en la teoría del delito. El orden económico, entendido en sentido amplio, no constituye el bien jurídico protegido por los delitos societarios, sino un motivo de la incriminación, una categoría sistemática de referencia que se concreta en la tutela del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles. De esta forma, a través de la protección inmediata de los patrimonios individuales (de la sociedad mercantil, socios y terceros) se tutela de manera mediana el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles.

La utilización de tipos de peligro es especialmente recomendable en los delitos societarios, con el fin de evitar superposiciones con los delitos patrimoniales clásicos y dificultades de prueba.

Para definir los conceptos de sociedad mercantil, administrador de hecho y administrador de derecho no es posible prescindir del Derecho mercantil. Ahora bien, el intérprete no está condicionado absolutamente por éste, sino que puede

atender a los fines del Derecho penal. Así, sociedades como las cooperativas y las irregulares, de dudosa mercantilidad, son a los efectos que nos ocupan sociedades mercantiles.

En cuanto al aspecto subjetivo, sólo cabe el dolo. El uso de elementos subjetivos del injusto cumple la función de adelantar las barreras de protección, pero complica la prueba del elemento subjetivo. No cabe la imprudencia.

La querella exigida para la persecución de los delitos societarios constituye un caso único en el Derecho comparado, y no tiene ninguna justificación. Se configura como una condición de procedibilidad.

En los delitos societarios cabe apreciar la omisión pura y la comisión por omisión. No existen delitos societarios de omisión y resultado. La posición de garante no se constituye como el único dato a tener en cuenta para afirmar la comisión por omisión, sino que se ha de atender al dominio social sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido.

En cuanto a autoría y participación, los delitos societarios siguen la doctrina general de la participación en los delitos especiales en sentido estricto y en sentido amplio. Es también de aplicación la regulación general de la actuación en nombre de otro.

La cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se resuelve en sentido negativo en nuestro Ordenamiento, lo cual no obsta a la imposición de "consecuencias" o "medidas de seguridad" que permitan al Derecho penal actuar sobre la propia entidad societaria.

Las penas más extendidas en el actual sistema punitivo, la multa y la privación de libertad, han sido objeto de críticas en cuanto se refiere a su aplicabilidad a los delitos societarios, a pesar de lo cual siguen siendo los ejes del

sistema de sanciones. Ahora bien, sus reconocidas limitaciones han obligado a buscar para estos delitos penas más idóneas, como pueden ser la inhabilitación especial para profesión u oficio, o la publicación de la sentencia condenatoria, entre otras.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA.

- AA.VV: Verso un diritto europeo delle società. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1991.
- ALBALADEJO, M.: Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Vol. I. Introducción y Derecho de la persona. Décima edición puesta al día de la legislación y jurisprudencia. Librería Bosch, Barcelona, 1985.
- ALBORCH, C.: El derecho de voto del accionista. Madrid, 1987.
- ALESSANDRI, A.: Reati d'impresa e modelli sanzionatori. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1984.
- I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale. "RIDPP", 1992, p.483.
- ALONSO UREBA, A.: La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico. Ed. Montecorvo. Madrid, 1985.
- El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas. En García de Enterría, E. (dir.) y otros: Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Vol.I. Ed. Civitas. Madrid, 1986.
 - La sociedad unipersonal. En La Reforma del Derecho español de Sociedades de Capital. Obra colectiva coordinada por Alonso Ureba, Chico Ortiz, Lucas Fernández. Madrid, 1987.
 - La 12ª Directiva comunitaria en materia de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990. En AA.VV.: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- ALZAGA VILLAAMIL, O.: La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático). EDESA, Madrid, 1985.
- AMATO, A. di (director): Trattato di diritto penale dell'impresa. Vol. I. I principi generali. CEDAM, Padova, 1990.
- Premesse ad uno studio del diritto penale dell'impresa. "Giust. pen.", 1985, II, col.43.
- ANGEL YAGÜEZ, R. de: La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia.

Segunda edición. Ed. Civitas, Madrid, 1991.

ANGIONI: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano, 1983.

ANIYAR DE CASTRO, L.: *Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de n mismo proceso*. "CPC", núm.14, 1981, p.345.

- *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*. Universidad de Zulia, Maracaibo, 1982.

ANTOLISEI, F. (a cura di L. Conti): *Manuale di Diritto Penale. Leggi complementari. I reati ed illeciti depenalizzati fallimentari, societari, bancari e tributari*. 2ª ed. riv. ed integrata. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1987.

ANTON ONECA, J.: *Los antecedentes del nuevo Código Penal*. "RGLJ", 1929.

- *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1984.

ARANGUREN URRIZA, F. J.: *Los órganos de la sociedad anónima*. En AA.VV: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Tercera edición. Ed. Trivium. Madrid, 1990.

ARIÑO ORTIZ, G.: *La empresa pública*. En *El modelo económico en la Constitución española*. Vol. II. Madrid, 1981.

- *Iniciativa pública y reservas al sector público*. En *Comentario a las Leyes políticas. Constitución Española de 1978*. Tomo X. Artículos 128 a 142. Dirigidos por O. Alzaga Villaamil. EDESA, Madrid, 1985. p.23.

AUGER LIÑAN, C.: *Delitos bursátiles*. "Poder Judicial", núm. especial IX, 1988, p.229.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal*. "RFDUC", núm.6, monográfico dedicado a la PANCP, 1983, p.49.

- *La protección de los intereses financieros de la CEE en el Derecho Penal español*. "CPC", núm.41, 1990, p.245.

BAJO FERNANDEZ, M.: *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Ed. Civitas, Madrid, 1978.

- *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal*. "CPC", núm.5, 1978, p.3.

- *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. "ADPCP", Mayo-Diciembre 1981, p.371.

- Marco constitucional del Derecho Penal económico. En Comentarios a la Legislación penal, dirigidos por M. Gón del Rosal y coordinados por M. Bajo Fernández. Tomo 1: Derecho Penal y Constitución. EDESA, 1982.

- Oportunidad e inoportunidad de los nuevos delitos económicos. "Papeles de Economía Española", núm.10, 1982.

- La Constitución económica española y el Derecho Penal. En AA.VV: Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Homenaje a J. Pereda. Bilbao, 1983.

- Manual de Derecho penal. (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos. Ed. Ceura, Madrid, 1987.

- Delitos monetarios. Cuestiones comunes a las distintas figuras de delito. En Comentarios a la Legislación Penal. Tomo IV. Madrid, 1988.

- Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales. En AA.VV.: Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Madrid, 1995.

BAJO FERNANDEZ, M./ PEREZ MANZANO, M./ SUAREZ GONZALEZ, C.: Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos). Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

BARBERO SANTOS, M.: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? "RDM", núm.64, 1957, p.285.

- Política y Derecho Penal en España. Madrid, 1977.

- Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. En AA.VV: La Reforma Penal y Penitenciaria. Santiago de Compostela, 1980, p.93.

- Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos. En La Reforma Penal: cuatro cuestiones fundamentales. Madrid, 1982, p.146.

- Los delitos económicos en la legislación española. "RFDUC", núm.72, 1987, p.99.

- ¿Responsabilidad penal de la empresa? "Actualidad Penal", 1987, Vol.I, p.1081-

BASSOLS COMA, M.: La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

- Constitución y sistema económico. Ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- BATISTA, N.: Rapport national. Brésil. "Rev. Int. de Droit Pénal", núms.1 y 2, 1983.
- BECCARIA, C.: De los delitos y de las penas. Ediciones Orbis. Barcelona, 1985. Edición original de 1764.
- BENEYTEZ MERINO, L. Y OTROS: Las falsedades documentales. Ed. Comares, Granada, 1994.
- BERGALLI, R.: Criminología del "White-collar crime": forma- Estado y proceso de concentración económica. En Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios. Ed. Porrúa, México, 1985.
- Criminalidad económico-social. "ADPCP", Enero-Abril 1986 p.59.
- BERISTAIN IPIÑA, A.: El delito de cuello blanco. Eficacia de ss sanciones penales. "El Ciervo. Revista de Información General", núm.371, enero 1982, p.5.
- BERNARDI, A.: Società commerciali e sistema sanzionario: prospettive di riforma. "Diritto Penale dell'Economia", núm.1, 1990.
- BETTIOL, G: L'odierno problema del bene giuridico. "RIDPP", 1989 p.705.
- BIANCARELLI, J./ MAIDANI, D.: L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres. "Rev. de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé", 1984.
- BINDING: Die Normen und ihre Übertretung. Tomo I. Normen und Strafgesetze. Tercera edición. Leipzig, 1916.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P.: Diritto costituzionale. Nápoles, 1989.
- BOLLE, P. H.: Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales. "Rev. Int. de Criminologie e de Police Technique", núm.1, 1981.
- La lutte contre la criminalité économique en Suisse. "Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht", 1981.
- BORGIOI, A.: Amministratori di fatto e direttori generali. "Giur. Comm." 1975 I, p.593.
- BOSLY, H. D.: Responsabilitè et sanctions en materie de criminalitè des affaires. "Rev. Int. de Droit Pénal", 1982 p.125.
- BRICOLA, F.: Il costo del principio societas delinquere non

- potest nell'attuale dimensione del fenomeno societario.
"RIDPP", 1970, p.951.
- BROSETA PONT, M.: **Manual de Derecho Mercantil**. Octava edición.
Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- BUENO ARUS, F.: **Características del ordenamiento jurídico comunitario**. En CGPJ: Estudios de Derecho Comunitario Europeo. Madrid, 1989, p.185.
- BUSTOS RAMIREZ, J.: **Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)**. "RFDUC", núm.11 monográfico, p.147.
- **Manual de Derecho Penal español (Parte General)**.
Barcelona, 1984.
- CAPILLA RONCERO, F.: **La persona jurídica. Funciones y disfunciones**. Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- **La sociedad civil**. Zaragoza, 1984.
- CARRARA, F.: **Programa del curso de Derecho Criminal**. Madrid, 1922.
- CARUSO, F.: **Prospettive di diritto comunitario**. En Trattato di Diritto penale dell'impresa. Diretto da A. di Amato. Volume primo. I Principi generali. CEDAM, Padova, 1990, p.411.
- CASABO RUIZ, J. R. (Estudio preliminar y edición): **El proyecto de Código Criminal de 1830**. Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico de la Universidad de Murcia. Murcia, 1978.
- **El proyecto de Código Criminal de 1834**. Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico de la Universidad de Murcia. Murcia, 1978.
- CASTRO Y BRAVO, F. de: **La persona jurídica**. Segunda edición. Civitas, Madrid, 1984.
- CATENACCI, G.: **Il bilancio nella normativa penale societaria**. "Archivio penale" 1983, p.625.
- CAZORLA PRIETO, L. M.: **Comentarios a la Constitución**. Obra dirigida por F. Garrido Falla. Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- **Artículo 38**. En Comentarios a la Constitución. cit. Segunda edición ampliada. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español*. Tercera edición, Madrid, 1985.
- CLINARD, M. B.: *The Black Market. A Study of White-Collar Crime*. New York, 1952.
- CLINARD/ YEAGER: *Corporate Crime*. New York-London, 1980.
- COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTON, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- CONKLIN: *Illegal but not Criminal*. 1977.
- CONSEIL D'ETAT: *Droit communautaire et Droit français. Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 3 décembre 1981*. París, 1982.
- CONTI, L.: *Diritto penale commerciale. Vol.I. Unione Tipografico, Ed. Torinese. Torino, 1965.*
- *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*.
En Scialoja/ Branca (dir.): *Commentario al Codice Civile. Libro quinto. Lavoro art.2621-2642*.
Tercera edición. Bologna-Roma, 1988.
- CORBOZ: *Les criminels en col blanc*. "RICPT", núm.2, 1976.
- CORDOBA RODA, J.: *Notas al "Tratado de Derecho Penal" de R. Maurach. Tomos I y II*. Ed. Ariel. Barcelona, 1962.
- COURAKIS, N. C.: *Introduction à l'étude de la criminalité en col blanc*. "Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 1974.
- CRAMER, P.: *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*. Verlag Gehlen, Berlin/ Zürich, 1968.
- CRESPI: *Rasegna di giurisprudenza sulle disposizioni penali in materia di società e consorzi*. "Rivista delle Società", 1957.
- CRISTOBAL-MONTES, A.: *La administración de la Sociedad anónima y sus problemas actuales*. "Anuario de Derecho Civil", Tomo XXIX, Fascículo III, Julio-Septiembre 1976.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *La definición de "criminalidad". Competencias del Derecho Penal y de las Ciencias*. "CPC", núm.15, 1981, p.427.
- CUERDA RIEZU, A.: *¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?* Comunicación presentada en las Jornadas de Derecho Penal Económico "Hacia un Derecho Penal Económico europeo" (Madrid, 14-17 de octubre de 1992).

CURY, U. E.: **Derecho penal, Criminología y Política criminal.** B AA.VV: Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte. Ed. Temis, Bogotá, 1988, p.187.

CUSTODERO, O.: **Riflessi penalistici delle responsabilità nella gestione dell'impresa.** "Rivista delle Società" 1990 I, p.467.

CHIARAVIGLIO, L.: **Le responsabilità penali nelle aziende.** Terza edizione. Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1983.

DELMAS-MARTY, M.: **La criminalité d'affaires.** "Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 1974, p.45.

- **Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales.** "Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", núm.3, 1977.

- **Criminalité des affaires et Marché Commun.** Volumen colectivo dirigido por la autora de referencia. París, 1982.

- **Droit pénal des affaires.** Tercera edición. Presses Universitaires, París, 1990.

DERRIDA: **La dépénalisation dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et la liquidation judiciaires des entreprises.** "Rev. de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé", núm.4, 1989.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: **Instituciones de Derecho Internacional Público.** Tomo I. Octava edición. Ed. Tecnos, 1988.

DIEZ-PICAZO, L./ GULLON, A.: **Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.** Octava edición, revisada y puesta al día. Ed. Tecnos, 1992.

DRAPKIN, I.: **La cultura de la violencia.** "ADPCP", 1976.

ECHEBURUA ODRIOZOLA, E.: **Personalidad y delincuencia: una revisión crítica.** "CPC", núm.43, 1991, p.69.

EMBED IRUJO, J. M.: **Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y novena Directivas).** En García de Enterría, E. (dir.) y otros: **Tratado de Derecho Comunitario Europeo.** Ed. Civitas, Madrid, 1986, p.73.

- ESTEBAN VELASCO, G.: La Estructura de las Sociedades Anónimas y el Derecho Comunitario (El proyecto modificado de quinta directiva). En García de Enterría, E. (dir.) y otros: Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Ed. Civitas, Madrid, 1986, p.111.
- EUCKEN, W.: Cuestiones fundamentales de la Economía política. Madrid, 1947.
- FERNANDEZ ALBOR, A.: Estudios sobre criminalidad económica. Ed. Bosch, Barcelona, 1978.
- Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código penal de 1980. En AA.VV: La Reforma Penal y Penitenciaria. Santiago de Compostela, 1980.
- FERNANDEZ ALBOR, A./ MARTINEZ PEREZ, C.: Delincuencia y economía. Santiago de Compostela, 1983.
- FERNANDEZ RUIZ, J. L.: Fundamentos de Derecho Mercantil. EDESA, Madrid, 1991.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA, L.: Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español. "Documentación Administrativa", 1984, núm.202.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas. "CPC", núm.48, 1992, p.811.
- FIGIELLA, A.: Reato in generale. "Enc. dir." Vol.XXXVIII, Milano, 1987, p.770.
- FONT GALAN, J. I.: Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978. "Revista de Derecho Mercantil", núm.152, Madrid, 1979.
- GALGANO, F.: Las instituciones de la economía capitalista. Valencia, 1980.
- Historia del Derecho Mercantil. Barcelona, 1981.
- GALLO, E.: Forma di reati e funzioni del danno in talune norme penali societari. "L'indice penale", 1971, p.381.
- GALVEZ, J.: Artículo 39. En Comentarios a la Constitución. d
- GARCIA CANTIZANO, M. C.: Falsedades documentales. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- GARCIA COTARELO, R.: El régimen económico-social de la

Constitución española. En Lecturas sobre la Constitución española. Tomo I. Coordinadas por T. R. Fernández. UNED, Madrid, 1978.

GARCIA LUENGO, R./ SOTO VAZQUEZ, R.: El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima (Comentarios y jurisprudencia). Ed. Comares, Granada, 1991.

GARCIA VILLAVARDE, R.: La constitución y el capital de las sociedades en la CEE. En García de Enterría, E. (dir.) y otros: Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Vol.III. Ed. Civitas, Madrid, 1986.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito o eufemismo. "ADPCP", 1979, p.679.

- Problemas actuales de la Criminología. Madrid, 1984.

- Estudios penales. Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

- Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad. Ed. Espasa, Madrid, 1988.

GARCIA-PELAYO, M.: Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. En Estudios sobre la Constitución española de 1978, edición preparada por M. Ramírez, Zaragoza, 1979.

- Las transformaciones del Estado contemporáneo.

GARDEAZABAL DEL RIO, J.: La fusión en la Ley de Sociedades Anónimas. En AA.VV: Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Tercera edición. Ed. Trivium, Madrid, 1990.

GARRETA SUCH, J. M.: La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades. Segunda edición aumentada y puesta al día. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1991.

GARRIDO DE PALMA, V. M.: La sociedad anónima en el Derecho español. En AA.VV: Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Tercera edición. Ed. Trivium. Madrid, 1990, p.43.

GARRIDO FALLA, F.: El modelo económico de la Constitución española. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, Vol I.

GARRIGUES, J.: Sociedad anónima y reforma de la empresa. La Coruña, 1969.

- Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias. Ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- GAUTHIER/ LAURENT: Droit pénal des affaires. Cuarta edición. Económica, París, 1991.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: El sistema de penas en el futuro Código penal. En Mir Puig, S. (ed.): La Reforma del Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona.
- GIRON TENA, J.: El Derecho español ante el Derecho Comunitario de sociedades. En García de Enterría, E. (dir.) y otros: Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Vol.III. Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- GIULIANI BALESTRINO, U.: I problemi generali dei reati societari. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1978.
- GOMES CANOTILHO, J. J.: Direito Constitucional. Vol.II. Coimbra, 1981.
- GOMEZ BENITEZ, J. M.: Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (títulos VIII y V). "ADPCP", 1980, p.479.
- GONDRA ROMERO, J. M.: Integración económica e integración jurídica en el marco de la CEE. (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional). En García de Enterría, E. (dir.) y otros: Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Vol.I. Ed. Civitas, Madrid, 1986, p.275.
- GONZALEZ RUS, J.J.: Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal. Ed. Instituto Nacional del Consumo. Madrid, 1986.
- Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal de 1992. Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Penal Económico "Hacia un Derecho Penal Económico europeo" (Madrid, 14-17 de octubre de 1992).
- GÖPPINGER, H.: Criminología. Ed. Reus, Madrid, 1975. M^a. L. Schwarck e I. Luzarraga Castro (trads).
- GRASSO, G.: L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato. "RIDPP", 1986, p.689.

- Comunità europee e Diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri. Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1989.
 - Le disposizioni penali nella normativa di attuazione della II Direttiva. "Le Società", 11958, núm.8, p.858.
- GROSSO, C. H.: Gestione dell'impresa. La disciplina giuridica penalistica. En Impreditore e legge penale.
- HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F.: Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989.
- HEREDERO, J. L.: Los delitos financieros en la jurisprudencia española. Ed. Bosch, Barcelona, 1969.
- HERRERO HERRERO, C.: Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1992.
- HICKS, J. R./ HART, A. G.: Estructura de la Economía. Trad. española. México, 1950. Octava edición, 1965.
- HILLENKAMP, T.: Risikogeschaft und Untreue. "NStZ" 1981, p.161.
- HUERTA TOCILDO, S.: La protección penal del patrimonio inmobiliario. Madrid, 1980.
- Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980. "CPC", núm.15, 1981.
 - Incidencia del Derecho Comunitario en el futuro de la legislación española sobre el control de cambios. "PJ", núm.6, 1987.
- JAATH, K.-E.: Zur Strafbarkeit der Verbreitung unvollständiger Prospekte über Vermögensanlagen. Fests. für Dünnebier. Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1982, p.583.
- JESCHECK, H.-H.: La crisi della politica criminale. En Stile, A M.: Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale. Nápoles, 1981.
- Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, 1993.
- JIMENEZ ASENJO, E.: Manual de Derecho Penal Especial. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1950.
- JIMENEZ DE ASUA, L.: Tratado de Derecho Penal. Varios volúmenes. Ed. Losada, Buenos Aires.
- JIMENEZ SANCHEZ, G. J.: La sociedad anónima en formación y la

sociedad irregular. En AA.VV.: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Ed. Civitas, Madrid, 1991, p.667.

JUAN ASENJO, O. de: La Constitución económica española. Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

KAISER, G.: Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos. Vol. XVII. Estudios de Psicología Criminal. @ Espasa-Calpe, segunda edición, Madrid, 1983.

KELLENS, G.: Crime en col blanc et stigmatisation. "RDPC", 80, p.327.

KREKELER, W./ TIEDEMANN, K./ ULSSENHEIMER, K./ WEINMANN, G.: Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. C.F. Müller, Heidelberg, 1990.

LANDROVE DIAZ, G.: Los fraudes colectivos. Ed. Bosch. Barcelona, 1978.

- Las consecuencias jurídicas del delito. Segunda edición. Ed. Bosch. Barcelona, 1983.

LASARTE, C.: Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción a Derecho. Tercera edición actualizada. Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

LASSALLE, J. Y.: Les interdictions professionnelles du droit de affaires. "Rev. de Science Criminelle et Droit Pénal".

LEGROS, R.: Essai sur l'autonomie du Droit Pénal. "Rev. de Droit Pénal y Criminologie", 1956, p.143.

LEIGH, L. H.: The criminal Liability of Corporations in English Law. Londres, 1969.

LISZT, F. VON: Tratado de Derecho Penal. Tres volúmenes. Madrid, 1924-1929.

LOPEZ-REY Y ARROJO, M.: La criminalidad económico-social en la política criminal de las Naciones Unidas. En La reforma penal: Delitos socio-económicos. Edición de M. Barbero Santos. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1985.

LORENZO SALGADO: La vigencia del principio de legalidad en el

Código penal español.

LUZON PEÑA, D. M.: **Medición de la pena y substitutivos penales.** Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1979.

LUZON PEÑA, D. M./ MIR PUIG, S. (coord.): **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal.** Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

MAASS, W.: **Betrug verübt durch Schweigen.** Brühlscher Verlag, Giessen, 1982.

MALAMUD GOTI, J. E.: **Persona jurídica y penalidad.** Buenos Aires, 1981.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: **Las penas patrimoniales en el Código Penal español.** Barcelona, 1980.

- **Las penas patrimoniales.** "DJ", 37/40, Enero-Diciembre 1983, monográfico dedicado a la PANCP, p.231.

MARINUCCI/ ROMANO: **Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni.** En Nuvolone, P. y otros: **Il diritto penale delle società commerciali.** Dott. A. Giuffrè ed., Milano, 1977.

MARTINEZ LAGE, S.: **Las fuentes del Derecho Comunitario.** CGPJ: Estudios de Derecho Comunitario Europeo. Madrid, 1989, p.161.

MARTINEZ PEREZ, C.: **El delito fiscal.** Ed. Montecorvo. Madrid, 1982.

- **Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa.** "CPC", núm.22, 1984, p.33.

- **El delito de defraudación tributaria.** En Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. EDESA, Madrid, 1986.

- **El delito societario de administración fraudulenta.** "Estudios Penales y Criminológicos" XVII, 1994, p.269.

MARTINEZ VAL, J. M.: **Libertad de empresa.** En Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Tomo III. Artículos 24 a 38.. Dirigidos por O. Alzaga Villaamil. EDESA, Madrid, 1983, p.643.

MARTOS NUÑEZ, J. A.: **Derecho Penal Económico.** Ed. Montecorvo, Madrid, 1987.

- Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. "Revista de Derecho Penal y Criminología", núm.1, 1991, p.217.
- MAURACH, R.: Tratado de Derecho Penal. Traducción y notas de Derecho español por J. Córdoba Roda. Barcelona, 1962.
- MAZZACUVA, N.: Bene giuridico e tecniche di tutela nel diritto penale societario. En Neppi Modona y otros: Materiali per una riforma del sistema penale. Franco Angeli. Milano, 1984, p.199.
- Problemi attuali di Diritto Penale societario. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1985.
- Diritto penale commerciale. Vol.II. I reati societari e la tutela penale del mercato mobiliare. Torino, 1990.
- MENENDEZ, A.: Constitución, sistema económico y Derecho mercantil. U.A.M., Madrid, 1982.
- MERGEN: La personnalité du "criminel à col blanc". "RICPT", 190.
- Tat und Täter. Das Verbrechen in der Gesellschaft. Munich, 1971.
- MESTRE DELGADO, E.: El Derecho penal de la Unidad europea. En AA.VV: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-homenaje a A. Beristain. Ed. IVAC-Krei, San Sebastián, 1989, p.575.
- MEZGER, E.: Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducción de J. A. Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955.
- MIDDENDORFF, W.: Sociología del delito. Ed. Revista de Occidente. Madrid, 1961. J. M^a. Rodríguez Devesa (trad.).
- MIR PUIG, C.: El sistema de penas y su medición en la reforma penal. Ed. Bosch. Barcelona, 1986.
- MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del Derecho Penal. Barcelona, 1976.
- El sistema de sanciones. "DJ", 37/40, Enero-Diciembre 1983, monográfico dedicado a la PANCP, p.183.
- Derecho Penal. Parte General. (Fundamentos y Teoría del delito). Segunda edición. PPU. Barcelona, 1985.
- Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al "ius puniendi". "EPC", núm.XIV, 1991.
- MOHRENSCHLAGER, M.: Der Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. "Wistra" 1982,

p.203.

MORILLAS CUEVA, L.: Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización. "RFDU de Granada", núm.2, 1983.

- Teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Ed. Tecnos. Madrid, 1991.

MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento de bienes. Barcelona, 1971.

- Introducción al Derecho Penal. Barcelona, 1975.

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles. "Revue Internationale de Droit Pénal", núm.1, 1978.

- La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. "CPC", núm.16, 1982.

- Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma. Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Penal Económico "Hacia un Derecho Penal Económico europeo" (Madrid, 14-17 de octubre de 1992).

MUÑOZ MACHADO, S.: Los principios de articulación de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el interno y las garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva. En García de Enterría, E. (dir.) y otros: Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Vol.I. Ed. Civitas, Madrid, 1986, p.502.

NAPOLEONI, V.: I reati societari. I. La tutela penale del capitale sociale. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1991.

NEWMAN, D.: White-collar crime. "Law and Contemporary Problems", núm.23, 1958.

NIGGEMEYER, B.: Überblick über die gegenwärtigen Probleme der Wirtschaftskriminalität. En Bundeskriminalamt (edit.): Grundfragen der Wirtschaftskriminalität. Wiesbaden, 1963.

NOVOA MONREAL, E.: Reflexiones para la determinación y delimitación del delito socioeconómico. "ADPCP", Enero-Abril 1982, p.43.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: Sobre el concepto de Derecho penal. Madrid, 1981.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S.: Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Segunda edición corregida y aumentada. Ed. Rafael Castellanos. Madrid, 1986.

OLIVA GARCIA, H.: Sobre el llamado delito financiero. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo. "RFDUC", Vol.XVI, núm.43, 1972, p.7.

OTTO, H.: République Fédérale d'Alemagne. Rapport national. "Revue Internationale de Droit Pénal", núm.1 y 2, 1983.

PAGLIARO, A.: Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale. En AA.VV: Studi in onore di Biagio Petrocelli. Vol.III. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1972, p.1287.

- Principi di diritto penale. Parte generale. Tercera edición. Dott. A. Giuffrè ed., Milano, 1987.

PATALANO, V.: Beni costituzionale e tutela penale degli interessi economici. En AA.VV: Studi in onore di Giuliano Vassalli. Vol.I. Dott. A. Giuffrè ed., Milano, 1991, p.629.

PATERNITI, C.: Fenomenologia ed esegesi dei reati contro l'economia. En AA.VV: Studi in memoria di Giacomo Delitala. Vol.II. Milano, 1984.

- Diritto penale dell'economia. G. Giappichelli ed. Turín, 1988.

PAVARINI, M.: Ricerca in tema di "criminalità economica". "La questione criminale", I, 1975, p.537.

PAZ-ARES, C.: Animo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 L.A.I.E.). En AA.VV.: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Ed. Civitas, Madrid, 1991.

PEDRAZZI, C.: Il diritto penale delle società nella prospettiva comunitaria. "Rivista delle Società", 1973, p.1046.

- Droit communautaire et droit pénal des Etats membres. En AA.VV: Droit communautaire et droit pénal. Milán- Bruselas,

1981.

- El Derecho Penal económico en la moderna experiencia italiana. "Papeles de Economía Española", núm.10, 1982.

- El bien jurídico en los delitos económicos. En Barbero Santos, M.: La reforma penal: delitos socioeconómicos. II Coloquio Hispano-alemán sobre la Reforma penal. Madrid, 1985.

- *Interessi economici e tutela penale*. En Stile, A. M. (a cura di): *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Jovene editore. Nápoles, 1985, p.293.

- *L'evoluzione del diritto penale economico*. En AA.VV: *Studi in onore di Giuliano Vassalli*. Vol.I. Dott. A. Giuffrè ed. Milano, 1991, p.609.

PEREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

PIQUÉ VIDAL, J.: *La protección penal de los accionistas*. En *El Proyecto de Código Penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 1980, p.167.

PLENDER, R./ PEREZ SANTOS, J.: *Introducción al Derecho Comunitario europeo*. Ed. Civitas, Madrid, 1985.

POLO, A.: *El nuevo Derecho de la Economía. Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho Mercantil*. "RDM", núm.3, 1946, p.373.

- *Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento mercantil*. En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Ed. Civitas, 1978, p.582.

POLO, E.: *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*. (Artículos 123 a 142 de la Ley de Sociedades Anónimas). Tomo VI del Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Dirigido por Uría, Menéndez, Olivencia. Ed. Civitas, Madrid, 1992.

PORTERO GARCIA, L.: *Caracteres del Derecho Penal Comunitario*. "Poder Judicial", núm.11, 1984, p.142.

PRADEL, J.: *France. Rapport national*. Presentado al Coloquio Internacional celebrado por la AIDP en Friburgo de Brisgovia. "Rev. Int. de Droit Pénal", 1983.

PULITANO, D.: *Obblighi costituzionali di tutela penale?* En AA.VV: *Studi in memoria di Giacomo Delitala*. Vol.II. Dott.

A. Giuffrè ed. Milano, 1984, p.1237.

QUINNEY: The Study of White Collar Crime: Toward a Reorientation in Theory and Research. "Journ. of Criminal Law, Criminology and Police Science", vol.55, 1964, p.209.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Compendio de Derecho Penal. Madrid, 1984.

QUINTERO OLIVARES, G.: La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español. En Estudios Penales y Criminológicos. Vol.III. 1979.

- Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica. En AA.VV: Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona, 1984, p.779.

RIZ, R.: Diritto penale e diritto comunitario. CEDAM. Padua, 1984.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M./ SERRANO GOMEZ, A.: Derecho Penal Español. Parte General y Parte Especial. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1994.

RODRIGUEZ MANZANERA, L.: Victimología. Estudio de la víctima. Segunda edición. Ed. Porrúa. México, 1990.

RODRIGUEZ MOURULLO, G.: El nuevo delito fiscal. "REDF", núms.15-16, 1977, p.703.

- Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código penal español de 1979. "EPC", Vol.III, 1979, p.249.

- Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal. "ADPCP", Fascículo II y III, Mayo-Diciembre 1981, p.707.

- Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios. "ADPCP", Tomo XXXVII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre 1984, p.677.

- La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho penal. "Poder Judicial", núm. especial IX, 1989, p.237.

RODRIGUEZ RAMOS, L.: Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código Penal. "La Ley", 1980, p.1006.

- Compendio de Derecho Penal. (Parte General). Madrid, 1934.
- RODRIGUEZ SASTRE, A.: El delito financiero. Su repercusión en el crédito y en la economía. Madrid, 1934.
- ROJO, A.: Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. "Revista de Derecho Mercantil", núm.169-170, 1983, p.309.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, A.: El Derecho Económico como categoría sistemática. "RGLJ", núm.3, 1980.
- ROMANO, M.: Osservazioni generali sulle nuove norme di diritto penale societario. "Giur. comm.", núm.1, 1975, p.7.
- ROSAL FERNANDEZ, J. del: Derecho penal de Sociedades Anónimas. Volumen I. Doctrina general. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Madrid, 1971.
- ROXIN, C.: Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal. PPU. Barcelona, 1992. J. Bustos Ramírez y H. Hormazábal Malarée (trads).
- ROXIN/ ARZT/ TIEDEMANN: Introducción al Derecho Penal y al Derecho penal procesal. Madrid, 1989.
- RUIZ VADILLO, E.: Algunos aspectos de la actividad económica como objeto del Derecho penal. "Revista de Derecho Judicial", núm.10, 1969.
- Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año CXXVIII. Enero 1979, núm.1, segunda época, tomo 246.
 - La persona jurídica y el Derecho penal (breves consideraciones críticas). "ADPCP", Fascículo II y III, Mayo-Diciembre 1981, p.769.
 - La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor. En Beristain, A (ed.): Reformas penales en el mundo de hoy. Instituto Vasco de Criminología. Madrid, 1984, p.25.
 - ¿Es posible la unificación del Derecho penal europeo? "Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid", núm.3, 1991.
 - Algunos aspectos de la actividad económica como objeto del Derecho Penal. "Revista de Derecho Judicial", núms.38-39.

- SACK, F.: **Probleme der Kriminalsoziologie**. En Rene König (Hrg.): **Handbuch der empirischen Sozialforschung**. Vol.12, segunda edición, Stuttgart, 1978.
- SACRISTAN REPRESA: **Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad unipersonal**. En **Derecho de Sociedades Anónimas**. Estudios coordinados por Alonso Ureba, Duque Domínguez, Esteban Velasco, García Villaverde, Sánchez Calero. Madrid, 1991.
- SAINZ CANTERO, J. A.: **La ciencia del Derecho Penal y su evolución**. Barcelona, 1970.
- **Delincuencia económico-financiera**. "Cuadernos para el Diálogo", núm. extraordinario, diciembre, 1971.
 - **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**. Tercera edición. Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- SANCHEZ CALERO, F.: **Delitos bursátiles**. "Poder Judicial", número especial IX, 1988, p.251.
- **Instituciones de Derecho Mercantil**. Decimoquinta edición. EDERSA, Madrid, 1991.
- SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I.: **Los Tratados constitutivos y el Derecho derivado**. En García de Enterría, E. (dir.) y otros: **Tratado de Derecho Comunitario Europeo**. Tomo I. Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- SANCHIS MIR, J. R./ GARRIDO GENOVÉS, V.: **Delincuencia de cuello blanco**. I. E. de P., Madrid, 1987.
- SANTOS, V.: **Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978**. En **El desarrollo de la Constitución española de 1978**. Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, libros pòrtico, Zaragoza, 1982.
- SCHÜNEMANN, B.: **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. "ADPCP", Mayo-Agosto 1988, p.529.
- SGUBBI, F.: **Tutela penale di interessi diffusi**. "La Questione Criminale", 1975, núm.3.
- SOLA DUEÑAS, A. de y otros: **Alternativas a la prisión**. Instituto de Criminología de Barcelona. PPU. Barcelona, 1986.
- STAMPA BRAUN/ BACIGALUPO: **La reforma del Derecho penal económico español**. Instituto de Estudios Económicos.

Madrid, 1980.

STEINER, J.: **Manual básico de legislación de la CEE.** Ediciones Deusto, Bilbao, 1991.

STILE, A. M. (a cura di): **Bene giuridico e riforma della parte speciale.** Jovene ed. Nápoles, 1985.

TERRADILLOS BASOCO, J.: **Delitos financieros.** "Documentación Jurídica", monográfico dedicado a la PANCP. Vol. 2. Enero-Diciembre 1983, núm. 37/40, p.847.

- Los delitos contra el orden socioeconómico en el Derecho Penal Francés. En Barbero Santos, M. (editor): **La Reforma Penal: Delitos socioeconómicos.** Madrid, 1985.

- Delitos societarios. **El Derecho Penal en las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE.** Ed. Ad, Madrid, 1987.

TIEDEMANN, K.: **La criminalité d'affaires dans l'economie moderne.** "Rev. Int. Criminologie et Police Technique". Volumen XXVIII, núm. 2, 1975.

- Objetivos, propósitos y métodos de la investigación criminológica europea en el ámbito de los delitos económicos. "Doctrina Penal" (revista trimestral), núms.13-14, 1977, p.145.

- La recente evoluzione del diritto penale dell'economia in Germania con particolare riferimento al diritto penale delle società commerciali. En Pedrazzi, C. y otros: **Comportamenti economici e legislazione penale.** Milano, 1979, p.109.

- Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales. "EPC", núm.VI, 1981-1982, p.291.

- Economía de mercado y Derecho Penal. "Papeles de Economía Española", núm.10, 1982.

- La criminalidad económica como objeto de investigación. "CPC", núm.19, 1983, p.171.

- Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa). Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

- El concepto de Derecho económico, de Derecho Penal económico y de delito económico. "CPC", núm.28, 1986, p.15.

- Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario,

español, alemán). PPU, Barcelona, 1993.

TOUFFAIT/ HERZOG: Observations sur l'evolution du droit pénal et sociétés. "Rev. de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé", 1967.

URIA, R.: Derecho Mercantil. Vigésima edición. Marcial Pons. Madrid, 1994.

VERVAELE, J.: La CEE frente al fraude comunitario. ¿Hacia un "espacio penal europeo"? "CPC", núm.43, 1991, p.119.

VICENT CHULIA, F.: Compendio crítico de Derecho mercantil. Ed. Bosch, Barcelona, 1991.

VILADAS JENE, C.: Notas sobre la delincuencia económica en España. "ADPCP", Tomo XXXI, Fascículo III, Septiembre-Diciembre 1978, p.635.

WALKLATE, S.: Victimology. The victim and the criminal justice process. Unwin Hyman, London, 1989.

ZIRPINS, W./ TERSTEGEN, O.: Wirtschaftskriminalität. Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung. Verlag Max Schmidt-Römhild. Lübeck, 1963.

ZUGALDIA ESPINAR: Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*. "CPC", núm.11, 1980.

UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Servicio de Bibliotecas



1700744361